# SEPARAÇÃO DE PODERES

## VOLUME 2

**ORGANIZADOR:**

SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR

Organização

Sérgio Antônio Ferreira Victor

# SEPARAÇÃO DE PODERES- vol. 2

1ª edição

Autores:

Manolo De Las Cuevas Mujalli

Mateus Salomão Leal

Paula Albuquerque Mello Leal

Pollyanna Vasconcelos Correia Lima de Andrade

Renato Davi de Sousa Machado

Renato Antunes Teixeira

Tiago Felipe de Moraes

Waldir Macieira da Costa Neto

Wesley Lopes Barbosa

Yara Maria Dias Teixeira Leite

IDP

Brasília

2015

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira.

Separação de Poderes volume 2/ Organizador Sérgio Antônio Ferreira Victor, Autores: Manolo De Las Cuevas Mujalli, Mateus Salomão Leal, Paula Albuquerque Mello Leal, Pollyanna Vasconcelos Correia Lima de Andrade, Renato Davi de Sousa Machado, Renato Antunes Teixeira, Tiago Felipe de Moraes, Waldir Macieira da Costa Neto, Wesley Lopes Barbosa, Yara Maria Dias Teixeira Leite. – Brasília : IDP, 2015.

88 p.

ISBN 978-85-65604-85-7

1. Direito Constitucional. 2. Separação de Poderes. 3. Federalismo

CDD 341.2

**SUMÁRIO**

# Adin 3367-1/DF: a constitucionalidade do artigo 103-B da Constituição Federal.

Manolo De Las Cuevas Mujalli

## Introdução.

Após a criação do Conselho Nacional de Justiça, através da Emenda Constitucional 45/2004, instaurou-se o debate acerca da constitucionalidade do órgão, sob o pretexto de ocorreria violação do princípio da separação dos poderes e afronta ao pacto federativo.

Desse modo, a Associação dos Magistrados do Brasil propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, a qual foi julgada improcedente.

O presente trabalho almeja demonstrar, de maneira bem sintética, os fundamentos que levaram o Supremo Tribunal Federal a concluir pela adequação da emenda que criou o CNJ ao texto constitucional.

## 2. Considerações sobre o Conselho Nacional de Justiça.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi criado pela Emenda Constitucional 45/2004, com a finalidade de efetuar o controle administrativo e financeiro dos órgãos do Poder Judiciário, além de zelar pelo cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, dentre outras atribuições.

O CNJ está previsto no art. 103-B da Constituição Federal e possui composição diversificada, incluindo magistrados de todas as instâncias, das Justiça Federal, Estadual e do Trabalho, membros do Ministério Público, advogados, além de dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.[1]

[1] Há, em tramitação, a Proposta de Emenda nº 21/14, de autoria do Senador Romero Jucá (PMDB-RR), visando a inclusão de mais 4 conselheiros, elevando, assim, a composição do Conselho Nacional de Justiça para 19 membros. A PEC em questão pretende incluir nos quadros do CNJ integrantes da Justiça Militar, sendo um Ministro do Superior Tribunal Militar e um juiz-auditor da Justiça Militar, e

Dentre as outras funções do Conselho, convém citar algumas de maior destaque: a) a possibilidade de expedir atos regulamentares, no âmbito de suas competências, ou recomendar providências; b) apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros do Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou estabelecer prazo para que sejam adotadas as medidas pertinentes ao adequado cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; c) conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, incluídos os serviços auxiliares, serventias e órgãos notariais, bem como aqueles que atuem por delegação do Poder Públicos; d) rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízos e membros de tribunais julgados há menos de um ano.

Importante destacar, acerca da função descrita no item "a" supracitado, pertinente à expedição de atos regulamentares, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.638, relatada pelo Ministro Marco Aurélio, a qual questionava a Resolução 135, de julho de 2011.

A regra questionada dispõe sobre a uniformização de normas relacionadas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados. Na ação, alegou-se que a resolução ultrapassava o âmbito de competência do Conselho.

O STF concluiu que o CNJ tem poder normativo destinado à uniformização de regras que alcancem todo o Judiciário, por se tratar de Poder de âmbito nacional. Consignou, também, que era natural a mudança de tratamento a ser dada aos tribunais, ante a necessidade de compatibilização com as funções do Conselho.

O Professor Gilmar Mendes[2] destaca que o debate mais intenso refere-se ao alcance das atribuições das corregedorias dos tribunais, tendo o Supremo Tribunal Federal concluído que a atuação do CNJ em matéria correcional é concorrente com a dos tribunais locais, a depender das exigências de cada caso.

Relevante questão se refere à submissão do STF ao CNJ. Conforme decidido pelo Supremo, na ADI 3.367, objeto de nosso estudo, concluiu que, como

---

membros da Justiça Eleitoral – um Ministro do Tribunal Superior Eleitoral e um juiz de Tribunal Regional Eleitoral.

[2]MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo G. Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9ª Edição, p. 1004.

órgão de cúpula, o Supremo está regido por normas especiais, incumbindo-lhe, inclusive, julgar as ações contra o Conselho.

## 3. A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF.

Com a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, travou-se o debate acerca da constitucionalidade do CNJ. A Associação dos Magistrados do Brasil propôs ação direta de constitucionalidade questionando a adequação do artigo 103-B às cláusulas pétreas.

### 3.1. Apontamentos gerais: objeto, fundamentos e pedidos.

De relatoria do Ministro Cezar Peluso, a ação da AMB sustentou, em síntese, quea instituição do Conselho Nacional de Justiça implicaria em: a) ofensa ao princípio da separação dos poderes, o qual estaria cristalizado, no âmbito do Poder Judiciário, na autonomia administrativa, financeira e orçamentária (artigos 96, 99 e 168 da CF) e; b) afronta ao pacto federativo (artigos 18, 25 e 125 da CF), em razão de submeter os órgãos do Poder Judiciário dos Estados à supervisão administrativa, orçamentária, financeira e disciplinar a ser realizada por uma instituição federal.

A entidade autora levantou, também, questão atinente a vício de natureza formal, relativo ao artigo 103-B, §4º, III, da CF, sob o argumento de que a redação final do dispositivo não teria sido submetida à apreciação da Câmara dos Deputados, mas apenas do Senado Federal, o que resultaria em violação do art. 60, §2º, da Constituição da República.

### 3.2. A preliminar arguida pela Advocacia-Geral da União.

Em sede preliminar, a Advocacia-Geral da União questionou a possibilidade jurídica do pedido, apontando que os pedidos foram formulados antes da publicação oficial da EC 45/2004, sendo vedada a realização de controle de constitucionalidade preventivo.

O Ministro Cezar Peluso, na ocasião do julgamento da ação, registrou não se tratar de controle preventivo, por ter sido a emenda publicada pouco após a propositura da demanda. Registrou, com viés pedagógico, que a condição da ação questionada não seria a possibilidade jurídica dos pedidos, mas o interesse de agir que estaria ausente, o que, todavia, não restou configurado.

Fundamentou o Ministro que a publicação da emenda extirpou qualquer questionamento acerca do interesse de agir (necessidade e adequação dos pedidos), ressaltando que a extinção do processo acarretaria em movimentação inócua da máquina judiciária, pois a AMB ajuizaria a demanda novamente. Na fundamentação do acórdão, o relator traz importante ilação de Liebman, no sentido de que "*as formas são necessárias, mas o formalismo é uma deformação*"[3].

## 3.3. Sobre o julgamento do mérito da demanda.

Como colocado, associação autora argumentou vício formal referente ao artigo 103-B, §4º, III, da CF, sustentando que houve a supressão da expressão "*perda de cargo*", que estava presente no texto enviado pela Câmara dos Deputados e que foi excluída na apreciação do Senado Federal.

O Ministro Relator indicou precedentes da Corte, no sentido de que destaques meramente supressivos não ensejam a inconstitucionalidade da emenda, inexistindo violação do art. 60, §2º, da CF.

Com relação à inconstitucionalidade material, especialmente sobre o argumento de que a criação do CNJ violaria o princípio da separação dos poderes, o Ministro Cezar Peluso iniciou seu voto demonstrando a substância do princípio em questão, invocando as raízes da teoria da separação dos poderes elaborada por Montesquieu.

Conforme relata, a teoria do teórico francês buscava evitar a concentração de poderes e o consequente abuso. Nesse sentido, cita Hans Kelsen: *"a significação história do princípio chamado separação de poderes encontra-se precisamente no*

[3] LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v.1, p. 258.

*fato de que ele opera antes contra uma concentração que a favor de uma separação de poderes"*[4].

Importante também ressaltar que o princípio da separação dos poderes é um princípio de natureza sociológica, antes de ser um dogma jurídico, citando as precisas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, para quem "[o princípio da separação dos poderes] não se tratava de um princípio para organização do sistema estatal e de distribuição de competências, mas um meio de se evitar o despotismo real".

Por estas e outras razões é que o Ministro Cezar Peluso conclui que o pensador iluminista francês jamais defendeu a separação defendeu uma ideia bruta e rígida entre os órgãos incumbidos das funções estatais, e exemplo disso seria a inclusão do veto do executivo no processo legislativo.

Sinalizou que esta limitação de poder acabou por inspirar os federalistas na elaboração dos checks and balances, consistentes em instrumentos de controle mútuo entre as instituições de poder.

Fincadas tais premissas, o Ministro pontuou a necessidade de se apurar as feições que o princípio tomou no âmbito constitucional brasileiro, permitindo, assim, a análise da adequação do Conselho Nacional de Justiça à ordem constitucional do país.

Consignou que a Constituição valoriza o princípio da separação dos poderes, instituindo autonomia administrativa, financeira e orçamentária aos Poderes, com intuito primordial de proporcionar liberdade no exercício de suas funções típicas. Ressaltou, entretanto, a existência de medidas de integração e cooperação entre os poderes, assegurando, dessa forma, o equilíbrio institucional.

Especialmente acerca do Judiciário, exemplificou a competência do Executivo para nomear membros dos tribunais através do quinto constitucional, bem como para a indicação dos ministros do STF, a crivo, ainda, do Senado Federal.

Assim, o relator concluiu que, sob o prisma do ordenamento constitucional brasileiro, não se vislumbra ofensa ao princípio da separação dos poderes em decorrência da criação do Conselho Nacional de Justiça. Registrou que, à luz da

---

[4] KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes/Universidade de Brasília, 1990, p. 274.

estrutura dada ao órgão, trata-se de órgão de controle interno, instituído no âmbito do próprio Judiciário e composto, majoritariamente, por membros desse Poder.

Argumentou que a participação do Legislativo, através de dois membros, é quase simbólica, e se dá indiretamente, porquanto se tratam de cidadão de notável saber jurídico e reputação ilibada e não representantes daquele Poder.

Ressaltou que a atuação do CNJ, em momento algum, poderia intervir na função precípua e típica do Judiciário: a jurisdicional, explicando que esta é atividade que justifica a independência do poder em questão.

Aduziu que são duas as principais atribuições do CNJ: a) controle da atividade administrativa e financeira do Poder Judiciário e; b) controle ético-disciplinar de seus membros. Nesse contexto, o relator acentuou que nenhuma dessas atribuições seria capaz de malferir a independência dos magistrados na função jurisdicional.

É de alta valia trazer a lição registrada no acórdão, de autoria de Boaventura Sousa Santos, que leciona nos seguintes termos: "*a democratização da administração da Justiça é uma dimensão fundamental da democratização da vida social, econômica e política*"[5].

Nesse contexto, o relator indicou que, num juízo objetivo e sereno, atentando-se ao interesse público, a composição do Conselho representa uma ponte entre o Judiciário e a sociedade.

No que tange à argumentação acerca da violação ao pacto federativo, em que a associação autora alegou que a criação do CNJ implicaria em submissão dos tribunais estaduais a órgão da União.

O relator sustentou que o pacto federativo não se desenha, com relação ao Poder Judiciário, nos mesmos moldes em que é delineado nos Poderes Executivo e Legislativo.

Refutou as alegações autorais sustentando que Judiciário é expressão da soberania estatal, a qual é una e indivisível, não existindo, senão por metonímias, justiças estaduais ou justiça federal.

---

[5] SANTOS, Boaventura Sousa. Pela mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade. 9ª Edição. São Paulo: Cortez, 1995, p. 197.

Salientou que a divisão dos Judiciários é mera pulverização de competência, resultado da repartição racional do trabalho.

Manifestou que negar a unicidade do Poder Judiciário importaria o desconhecimento do tratamento igualitário conferido aos membros da magistratura através de uma Lei Orgânica Nacional e de garantias e prerrogativas constitucionais, concebidas em favor da independência e da imparcialidade dos magistrados.

Argumentou, ainda, que o Conselho não é instituído como órgão da União, mas, sim, de caráter nacional.

Concluiu, finalmente, ser antiga a existência de órgãos “federais” incumbidos de representar e proteger os interesses das unidades federadas, como é o caso do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal.

Apenas para arrematar, o ministro dissertou sobre a inexistência de contrariedade à Súmula 649 do STF, a qual dispõe ser inconstitucional a criação, por Constituição Estadual, de órgão de controle administrativo do Judiciário do qual participem representantes de outros poderes ou entidades.

Fundamentou a ausência de contrariedade, pois os precedentes que originaram à criação da súmula diziam respeito a verdadeiros órgãos externos de controle, compostos, inclusive de membros do Poder Legislativo, o que não ocorre no caso do CNJ, que se trata de órgão inserido na estrutura do Judiciário e que não possui membros de outros poderes em seu quadro.

### 3.4. Da divergência

Apesar de ter prevalecido a tese do relator, alguns ministros entenderam que a criação do Conselho Nacional de Justiça era, pelo menos em alguns aspectos, inconstitucional.

A Ministra Ellen Gracie entendeu que os incisos X, XI, XII e XIII do artigo 103- B não se amoldavam a Constituição, por entender indevida a presença de membros de outras entidades no âmbito do Conselho Nacional de Justiça. O Ministro Carlos Velloso acompanhou seu voto.

Já o Ministro Marco Aurélio considerava a ação procedente em todos os seus termos, concluindo, inclusive, pelo vício formal, considerando que houve, no

âmbito do Senado Federal, poda de atribuição do CNJ sem que o destaque fosse apreciado pela Câmara dos Deputados.

Vislumbra-se que os argumentos do Ministro Marco Aurélio quanto à inconstitucionalidade material, veiculam-se na convicção pessoal de que o Conselho Nacional de Justiça não conseguiria atingir a finalidade para que foi concebido, além de ter salientado, na linha da Ministra Ellen Gracie, o descabimento dos membros de outras entidades no âmbito do CNJ.

Sendo assim, o Ministro Marco Aurélio, novamente vencido, decidia pela inconstitucionalidade do CNJ.

## Conclusão.

Conclui-se, através deste sintético trabalho, que, em que pesem os argumentos em sentido contrário, a criação do Conselho Nacional de Justiça não implicou em afronta à Constituição.

Não se verifica, como visto, afronta ao princípio da separação dos poderes, de modo que a composição escolhida pelo constituinte reformado veio a democratizar a participação no então novel órgão.

Também não se caracterizou a violação do pacto federativo, porque a existência de Judiciário Federal e Judiciário Estadual representa apenas a distribuição da competência, e não a divisão abrupta do Poder Judiciário, o qual é uno e indivisível, por decorrer da soberania nacional.

## Referências.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367-DF. Publicado no Diário Oficial da União de 22/09/2006, p. 29. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371. Acesso em 10/10/2014.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes/Universidade de Brasília, 1990.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v.1.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo G. Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9ª Edição, p. 1004.

SANTOS, Boaventura Sousa. Pela mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade. 9ª Edição. São Paulo: Cortez, 1995.

# O DIÁLOGO INSTITUCIONAL COMO CONTEÚDO ESSENCIAL DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: SUPERAÇÃO DOS MODELOS DE SUPREMACIA E A DINÂMICA DE PATICIPAÇÃO CONJUNTA DOS PODERES CONSTITUÍDOS NA INTERPRETAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO.

Mateus Salomão Leal

É uma dificuldade diária de quem lida com a prática do Direito estabelecer parâmetros para a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, discussão que encontra sua fonte no princípio da separação dos poderes, do qual emanam atualmente boa parte das principais discussões e dilemas jurídicos.

Estão na ordem do dia os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política, que representam a atuação do Poder Judiciário fora do âmbito até então compreendido no exercício da jurisdição, ancorado em seu papel contramajoritário e de concretização dos direitos fundamentais, com interferências significativas nas políticas públicas, o que é feito com questionável déficit democrático.

Como considerar, em cada caso, o principio das separações dos poderes? Até onde pode ir o Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, no caso de omissão do Executivo? Em juízo que reconheça a proteção deficiente de direito fundamental por omissão legislativa, sobretudo quando não haja consenso no Congresso sobre determinada questão ou tal omissão ocorra de forma deliberada, quais são as balizas do Judiciário? O Executivo pode se valer de sua maioria no Congresso, num modelo de Presidencialismo de coalisão, para chancelar o abuso na edição de Medidas Provisórias, inclusive sobre matérias expressamente vedada pela Constituição?

Do referido princípio, inserido como cláusula pétrea no inciso III do §4º do art. 60 da Constituição da República de 1988, partirão reflexões para se pensar algumas dessas questões difíceis, na tentativa de se estabelecer um norte para o intérprete.

Inicialmente, de acordo com as lições do professor Néviton Guedes:

> Martin Kriele advertia que, apesar dos esforços por uma neutralidade científica, toda interpretação do Direito Constitucional padece de uma das destas três seguintes orientações fundamentais: (1) ou a interpretação da Constituição, por assim dizer, mostra-se *amiga* do Poder Executivo (*verwaltungsfreundliche*); (2) ou é mais *amiga* do Legislativo (*parlamentsfreundliche)*; ou (3) há uma clara preferência pela preponderância do Poder Judiciário (*justizfreundliche*).
>
> De fato, nem se pode dizer que haja algo de extraordinário quando o intérprete se afeiçoa mais a uma ou outra dessas orientações. Nos Estados Unidos, em muitas matérias, sobretudo vinculadas à ideia de segurança (interna ou externa), não é difícil reconhecer uma certa preponderância da Jurisdição Constitucional em favor, como diria o professor Canotilho, de um discurso "antropologicamente" amigo do Executivo.
>
> Na Europa, de forma geral, desde a Revolução Francesa, há uma clara predominância do Poder Legislativo. No Brasil, a julgar pelo que vemos nos tribunais e é reforçado teoricamente na Academia, há uma clara orientação da interpretação constitucional em favorecer soluções que façam preponderar o papel do Poder Judiciário. Não é à toa que temas como "ativismo judicial" e "judicialização da política" estejam tão prestigiados.
>
> [Grifou-se]

Assim é que toda a discussão do Direito Constitucional pode ser visualizada sob o prisma do princípio da separação dos poderes, cujo conteúdo dá abertura para que se desenhe estruturas constitucionais as mais diversas, consoante a concepção histórica da forma de Estado e do sistema de governo de cada país, ou mesmo pelo interesse do intérprete, por exemplo.

Tomemos experiências constitucionais também fundadas no princípio da separação de poderes e que funcionam sem o instrumento do controle de constitucionalidade pelo Judiciário, como ocorre na Inglaterra. Ali, dado o contexto histórico e cultural da formação do Estado, foram estabelecidas as bases para o imperativo da lei, com um certo destaque para o Parlamento.

Por sua vez, na tradição constitucional brasileira seria impensável se falar na independência do Poder Judiciário e no seu papel de "freios e contrapesos", sem a existência de uma jurisdição constitucional.

Apesar de tais variações do princípio da separação dos poderes, é possível se definir um conteúdo essencial, um núcleo duro do princípio, como norte para o intérprete no exame dos casos concretos?

A tentativa de responder a essa questão parece não escapar à própria gênese do princípio, que remonta à célebre frase de Montesquieu, que mais afigura uma constatação da realidade das coisas ou da natureza humana, de que "*todo aquele que detém poder tende a abusar dele e assim procederá enquanto não encontrar limites"*.

Daí parece lógico não se admitir que, na contraposição de forças, uma, de antemão, prevaleça, já que isso quebraria o próprio princípio da separação, que pressupõe limites e controle mútuo.

Aqui o diálogo institucional acena como direção ao intérprete, e resgata raiz do mencionado princípio, apresentando-se como alternativa para situações de autoempoderamento por qualquer dos Poderes.

Aliás, no patamar em que estão assentados e sobre os quais se relacionam os órgãos de cúpula dos Poderes da União, não nos servem interpretações que afirmam que cabe ao Supremo Tribunal Federal a última palavra sobre a Constituição, já que o diálogo institucional é uma realidade, e decorre da própria dinâmica política travada dentro dos parâmetros constitucionais.

Isso é corroborado por inúmeros exemplos de superação de decisões do Supremo Tribunal Federal pelo Legislativo e Executivo. A propósito, vale destacar alguns casos de superação normativa de decisões constitucionais do STF, enumerados por Rodrigo Brandão:

> ... no RE 153.771, o STF afirmou que o Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) tem natureza real, de maneira que a Constituição somente permitira a fixação de alíquotas progressivas para o atendimento da finalidade extrafiscal de adequação do uso da propriedade urbana à sua função social (art. 182 da CF/1988). Todavia, a Emenda Constitucional n. 29/2000 alterou a redação do art. 156, §1º, da CF/1988 para permitir que o IPTU seja progressivo em razão do valor venal do imóvel, precisamente a progressividade para fins fiscais que as leis municipais anteriormente declaradas inconstitucionais estabeleciam.
>
> Note-se, por outro lado, que o STF julgou reiteradamente inconstitucionais leis municipais que instituíram as chamadas "taxas de iluminação pública", visto que tais espécies tributárias somente poderiam remunerar serviços públicos específicos e divisíveis, e a iluminação pública carece desta índole. Contudo, o Congresso Nacional aprovou Emenda Constitucional n. 39/2002 que instituiu a "contribuição para o custeio da iluminação pública".
>
> Cite-se também a Emenda Constitucional n. 33/2001, que superou o entendimento do STF no sentido da não incidência do ICMS sobre a

importação de bens por pessoas físicas, fixado em virtude de o art. 155, inc. IX, §2º, a, da CF/1988 aludir à expressão circulação de mercadorias e estabelecimento, circunstância que restringia o rol de contribuintes do imposto àqueles que exercem atos de comércio com habitualidade.

Ainda na seara tributária, cumpre mencionar o RE 166.772, no qual o STF afirmou que, tendo em vista a redação original do art. 195, inc. I, da CF/1988, fazer referência ao termo "folha de salários" para fins da incidência de contribuição previdenciária em face do empregador, tal norma deveria ser interpretada no seu conteúdo técnico-jurídico, reservando-se a incidência da exação aos trabalhadores com vínculo empregatício nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A Emenda Constitucional n. 20/1998 alterou a redação do art. 195, inc. I, a, da CF/1988, para prever a incidência da contribuição previdenciária do empregador sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício. Houve, portanto, clara e frontal superação da interpretação constitucional do STF, pois a Constituição foi alterada para admitir precisamente o que fora vedado por decisão da Suprema Corte...".

Diante disso, o diálogo institucional é apontado como via intermediária do suposto paradoxo democrático que opõe Direito e Política. Nas lições de Eduardo Kahler Ribeiro:

Direito e política, quando sintetizados de forma oposta, levam ao paradoxo democrático. A insuficiência da tese das *political questions*, de origem norte-americana e aplicação no Brasil, corrobora esse paradoxo e firma a necessidade de se buscar uma via intermediária, que garanta ao Poder Judiciário um espaço de asseguração de direitos fundamentais, reservando simultaneamente ao Poder Legislativo um campo próprio para deliberações cujo teor, partindo da representatividade popular, reflita as escolhas e os anseios do povo. Partindo da premissa de que a distribuição de poderes estatais deve ser apta a produzir resultados respaldados em direitos fundamentais, tem-se por possível o resgate de uma teoria que concilie a revisão judicial à democracia, o Poder Judiciário ao Poder Legislativo.

Esse caminho tem aplicação na teoria do diálogo institucional, a qual relativiza a ideia de "última palavra" e admite que entre parlamento e juízes não exista uma relação limítrofe e de negação, mas sim complementar, dialética. A partir da ideia de que é possível um diálogo entre decisão judicial e deliberação parlamentar, aquela passa a servir como elemento catalisador de um debate público que pode culminar, nesta, em um desfecho de maior legitimação constitucional.

Assentada essa mudança de perspectiva, a teoria do diálogo institucional também apresenta certas dificuldades. De acordo com este último doutrinador:

A teoria do diálogo institucional, contudo, não possui uma fórmula estanque. Experiências estrangeiras apontam alguns limites, porém é

> necessário afastar do instituto algumas pechas que podem, ao fim, implicar mera deferência judicial ou relativização da função-fim do Poder Judiciário na solução de conflitos. **Por isso, afora uma engenharia institucional coerente – cuja análise refoge ao propósito deste estudo –, faz-se necessária uma adequada delimitação de espaços constitucionais, conforme o ordenamento próprio de cada país, para averiguar a vocação ou não à aplicação de práticas dialógicas na solução de problemas políticos**".

Nesse sentido, a preservação do Estado de Direito e da própria Constituição pressupõe, por exemplo, que haja alguma dificuldade de superação normativa de decisões constitucionais pelo STF. Isto é, o diálogo institucional deve se estabelecer dentro dos parâmetros constitucionais, sob pena de se perder no simples jogo da política.

Por um lado, não há impedimento para que o Legislativo aprove nova lei contendo a mesma disposição de outra considerada inconstitucional pelo STF. Contudo, nesse caso, por imperativo da teoria do diálogo institucional, deverá o legislador enfrentar os argumentos que levaram o Supremo a declarar a inconstitucionalidade da lei, notadamente quando a superação se der por meio de lei ordinária.

Nessa hipótese, a nova lei já nascerá com presunção de inconstitucionalidade, e o Judiciário disporá de medidas para fazer valer a decisão superada, como a concessão de medida cautelares, que suspendam, até apreciação da Corte, os efeitos da lei questionada.

Há quem defenda que a superação somente poderia ocorrer por meio de emenda constitucional, já que quando o Supremo manifesta-se sobre a constitucionalidade de uma lei, está estabelecendo os próprios limites da Constituição. Do contrário, a própria força normativa da Constituição estaria em cheque.

Por outro lado, esse diálogo estreita laços com a teoria da transcendência dos motivos da decisão de inconstitucionalidade, uma vez que a nova apreciação se pautará com base na fundamentação pretérita.

Noutras palavras, ainda que a jurisprudência do STF não acolha a teoria, considerando que apenas a lei anterior, declarada inconstitucional, é que foi objeto do dispositivo do acórdão, e não a nova lei, esta deverá ser apreciada concretamente

em face dos mesmos fundamentos do julgado anterior, o que, ao fim e ao cabo, produz o mesmo resultado.

Por isso, viola o princípio da separação dos poderes decisão do STF que não conheça de ADIN ou ADPF tão somente porque idêntica lei foi declarada inconstitucional em momento anterior. É imperioso que seja apreciada a lei à luz do novel contexto fático-jurídico em que revigorada.

Enfim, o conteúdo essencial do princípio da separação dos poderes deve ser extraído da teoria diálogo institucional, estabelecendo parâmetros para que haja equilíbrio no relacionamento entre os Poderes, de forma que prevaleça a dinâmica de construção conjunta do sentido e da concretização da Constituição.

O diálogo deve ser permanente, levando em conta a missão precípua de cada Poder, do Legislativo na proteção dos interesses de maiorias, do Judiciário, mais propriamente, na tutela de interesses das minorias, e do Executivo na concretização dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas, para que o ponto em que serão resolvidas as questões constitucionais mais delicadas, que apresentem grande controvérsia moral por atingir grupos bem estruturados da sociedade civil e a opinião pública em geral, tenderá a ocorrer em cada caso concreto, com o alcance, muitas vezes, do meio onde se encontra a estabilidade entre as forças, levando em conta os custos políticos presentes e respeitado o cenário de institucionalidade definido pela própria Constituição.

## REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. **Ingleses não têm controle de constitucionalidade.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-jul-28/hierarquia-entre-leis-ingleses-nao-controle-constitucionalidade> Acesso em: 17 out. 2014.

GUEDES, Néviton. **Tomemos a sério o princípio da separação dos Poderes**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-21/constituicao-poder-tomemos-serio-principio-separa cao-poderes> Acesso em: 17 out. 2014.

RIBEIRO, Eduardo Kahler. Revisão judicial, paradoxo democrático e diálogo institucional. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 58, fev. 2014. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Eduardo_Ribeiro.html> Acesso em: 17 out. 2014.

# Considerações sobre o Presidencialismo de Coalizão e o primado da Separação de Poderes

Paula Albuquerque Mello Leal

Cunhada por Sérgio Abranches, a expressão "presidencialismo de coalizão", paulatinamente, ganhou espaço nos ambientes acadêmicos e políticos, bem como em artigos e matérias publicados pelos grandes meios de comunicação. O cientista político utilizou o termo para batizar o regime político-institucional estabelecido no Brasil pela Constituição de 1988.

As características desse novo arranjo institucional brasileiro seriam a combinação de: representação proporcional, multipartidarismo, presidencialismo forte (com iniciativa privativa de lei em diversos temas) e, principalmente, organização do Executivo com base em grandes coalizões político-partidárias e regionais.

Muito se diz que, se, por um lado, esse arranjo determina que, sem base de apoio político no Congresso Nacional, um governo inviabiliza suas iniciativas no processo de implementação da política estatal, por outro, o Poder Executivo usaria de todas as armas possíveis para cooptar uma base sólida no Legislativo, por meio de alianças com os partidos políticos.

Essa coalizão aliada ao aumento constitucional das prerrogativas legislativas do Executivo e a uma suposta fragilidade institucional dos partidos políticos acarretariam em uma ascendência do Executivo em relação ao Legislativo. Com frequência, essa noção tem sido utilizada para respaldar a ideia de que as instituições políticas brasileiras estariam numa eterna crise de legitimidade, sobretudo o instituto da Separação de Poderes, previsto no artigo 2º da Constituição.

A grande fragilidade dessa ideia é o fato de esta se pautar em conceitos tradicionais e estritos do instituto da Separação de Poderes, com significativa precedência do Legislativo. Na esteira do processo iluminista, a racionalidade interfere no desenho institucional do nascente Estado de Direito.

Vista como a concretização da razão universal advinda da vontade geral, a lei ganhou centralidadee protagonismo, passando a pautar as relações sociais e as

relações políticas do Estado. Criadas segundo os pressupostos formais do devido processo legislativo eadvindas de uma autoridade competente, a lei era o freio ideal aos abusos do Estado. O Executivo e o Judiciário encontravam, então no Poder Legislativo, um freio de racionalidade.

O vértice do sistema de Separação de Poderes, tal como articulado por Montesquieu, é a repartição das atribuições centrais do Estado: a de fazer asleis; a de executá-las; e a de julgar conforme as leis. Isso fica claro nas palavras clássicas de Montesquieu: "estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares[6]".

A fórmula da tripartição, no entanto, não é estanque, nem na delimitação das atribuições, nem no espaço, nem no tempo. E não é interessante que o seja, nas Palavras do Professor Alexandre de Moraes:

> (...) o objetivo inicial e principal da clássica separação das funções do Estado e distribuição entre órgãos autônomos e independentes, qual seja a finalidade de proteção das liberdades individuais contra o arbítrio de um governante onipotente, porém o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, torna-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado "freios e contrapesos" (checksand balances)[7].

Portanto, como se dá a relação entre Poderes no desenho institucional promulgado pela Carta de 1988 e no resultado deste desenho institucional chamado Presidencialismo de Coalizão?

A Constituição Federal, objetivando evitar o arbítrio do Estado e o desrespeito aos direitos conferidos aos seus cidadãos, previu a existência dos Poderes do Estado independentes e harmônicos entre si, em seu artigo 2º como dito anteriormente. Além, repartiu entre eles as funções estatais e previu prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criou mecanismos de

---

[6]MONTESQUIEU, Charles de Secondat. (Baron de). **O espírito das leis.** Tradução de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 165.
[7]MORAES, Alexandre de. ***Direito Constitucional***. 9. ed. São Paulo : Atlas, 2001. p. 360.

controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito[8].

Assim, são previsões do texto constitucional brasileiro: o Presidente da República possui atribuições no processo legislativo, tais como, iniciativa legislativa, edição de Medidas Provisórias, elaboração de leis delegadas e o exercíciodo poder da sanção e do veto (art. 66, CF). Quanto à atividade judicante, indica e nomeia Ministros dos Tribunais Superiores (art. 84, XIV, CF).

Em contrapartida, Legislativo e Judiciário exercem atividade administrativa, regulamentam temas como a organização de seus serviços e órgãos internos (arts. 51, inc. IV, 52, inc. XIII, e 96, inc. I, alínea "b", da Constituição Federal).

O próprio Supremo Tribunal Federal, em sua função precípua de interpretação da Constituição,reconhece que a separação de poderes nela estatuída não adota um modelo abstrato, aqueles que chamamos anteriormente de clássico.O modelo institucional nela inserto guarda o núcleo essencial de um modelo concreto de Separação, ou mais precisamente, de balanceamento dos Poderes.

A ordem constitucional brasileira apresenta variantes que não se adequam perfeitamente à visão tripartida dos poderes, especialmente no que se refere ao exercício da função administrativa, que se destina não apenas ao Poder Executivo, como seria típico, mas aos Tribunais de Contas e ao Ministério Público.

Exemplo aditivo da transferência de atividade típica de um Poder a outro pela Constituição se revela na atribuição ao Parlamento brasileiro da atividade judicante em relação a crimes de improbidade com relação ao Presidente da República, estabelecido na...

Suplantada a quebra paradigmática do arranjo constitucional brasileiro em relação à teoria clássica da Separação de Poderes e resgatada a ideia aventada no início do texto sobre o desequilíbrio entre os Poderes decorrente do arranjo institucional denominado de Presidencialismo de Coalisão, analisemos um pouco mais os efeitos do desenho político brasileiro no funcionamento da sua democracia.

---

[8]MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. Revista dos Tribunais, vol. 791, p. 739, Set /2001. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, vol. 6, p. 805, Nov/2012DTR\2001\373.

Para os cientistas políticos Figueiredo e Limongi, no Brasil, o Executivo detém grande poder de agenda, a capacidade de determinar quais as propostas e quando serão examinadas pelo Congresso:

> Maior poder de agenda implica, portanto, a capacidade do Executivo influir diretamente nos trabalhos legislativos e assim minorar os efeitos da separação dos poderes, o que pode induzir os parlamentares à cooperação. [9]

O que confirma, segundo eles, o princípio de que as matérias só podem ser aprovadas se contarem com o apoio da maioria:

> O governo controla a produção legislativa e esse controle é resultado da interação entre poder de agenda e apoio da maioria. Maioria reunida por uma coalizão partidária pura e simples. Nada muito diverso do que se passa nos governos parlamentaristas. Ou seja, não há bases para tratar o sistema político como singular. Muito menos, para dizer que estaríamos diante de uma democracia com sérios problemas, ameaçada por alguma síndrome ou patologia causada quer pela separação de poderes, quer pela fragilidade de seus partidos. [10]

É fácil reconhecer que a Constituição de 1988 determinou um aumento das prerrogativas legislativas do Executivo, se comparadas às existentes anteriormente. Mas a análise dos supracitados cientistas políticos sustenta que, em contrapartida, se formaram no país coligações partidário-parlamentares e regionais consistentes, que têm sustentado os governos brasileiros nas últimas décadas.

O que esses autores defendem é que existe no Brasil um governo de partido. Nesse sentido, não há razões para dizer que estaríamos diante de uma crise de legitimidade democrática, "ameaçada por alguma síndrome ou patologia causada quer pela separação de poderes, quer pela fragilidade de seus partidos".[11]

Nessa perspectiva, pode-se afirmar com tranqüilidade que o sistema democrático brasileiro é dotado de funcionalidade, permite que suas instituições funcionem e com um alto grau de "sucesso". O que esses fatos e essas análises não

[9] FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando (2001). Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. In: CHEIBUB, Argelina; LIMON-GI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV.

[10] *Idem*
[11] *Ibidem*

refletem é a qualidade dos resultados do funcionamento desse desenho institucional e, portanto, a qualidade dessa democracia.

## Referências

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalisão: o dilema constitucional brasileiro. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, vol. 31, n. 1, Rio de Janeiro: IUPERJ, pp. 3-55, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**; 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Bases institucionais do presidencialismo de coalisão. In**: Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. (Baron de). **O espírito das leis.** Tradução de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. Revista dos Tribunais, vol. 791, p. 739, Set /2001. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, vol. 6, p. 805, Nov/2012DTR\2001\373.

_________. ***Direito Constitucional***. 9. ed. São Paulo : Atlas, 2001. p. 360.

DA SILVA, José Afonso. **Processo Constitucional de Formação das Leis**; 2. ed.; São Paulo: Malheiros, 2006.

# CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.367

Pollyanna Vasconcelos Correia Lima de Andrade

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo precípuo tratar sobre a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367 de 2004 (ADI 3.367).

O nosso estudo será pautado na discussão acerca da constitucionalidade do referido Conselho para exercer a supervisão dos órgãos do Poder Judiciário.

Será objeto deste trabalho uma breve exposição sobre a natureza jurídica e a composição do Conselho Nacional de Justiça brasileiro para, em seguida, abordar as controvérsias advindas da sua criação, especificamente quanto ao objeto da referida ação direta de inconstitucionalidade.

Em 1992 surgiu uma proposta de Emenda Constitucional, na Câmara dos Deputados, com o fim de reestruturar o Poder Judiciário, o qual estava sendo objeto de várias críticas por sua morosidade, falta de transparência e difícil acesso.Contudo, apenas em 2004 esse projeto foi aprovado, resultando na Emenda Constitucional nº 45.

Entre as alterações propostas, está a criação do Conselho Nacional de Justiça como órgão fiscalizador do Poder Judiciárioe, inevitavelmente, diversas discussões surgiram a partir dessa criação.

## 2O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O Conselho Nacional de Justiça surgiu a partir da Reforma do Poder Judiciário, com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Composto por quinze juristas de diferentes áreas de atuação, o CNJ possui competência para controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como para zelar pelo cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, além de outras funções que lhe forem

atribuídas pelo Estatuto da Magistratura. Essas atribuições estão descritas no parágrafo 4º do artigo 103-B da Constituição Federal de 1988.

Alvo de entendimentos divergentes, hoje se encontra incontroverso que a natureza jurídica do CNJ é administrativa, haja vista suas decisões não possuírem o condão de fazer coisa julgada material.

Por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-DF, o Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou no sentido de que o CNJ possui natureza jurídica de controle interno. Portanto, superada a discussão de que o CNJ teria natureza jurídica jurisdicional.

Entre os quinze membros que compõem o CNJ, estão o Presidente do Supremo Tribunal Federal, um ministro do Superior Tribunal de Justiça, um ministro do Tribunal Superior do Trabalho, um desembargador de Tribunal de Justiça, um juiz estadual, um juiz federal, um juiz de Tribunal Regional Federal, um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, um juiz do Trabalho, um membro do Ministério público da União, um promotor de justiça estadual, dois advogados e dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, conforme dispõe o artigo 103-B, incisos I a XIII da Constituição Federal.

Todos os integrantes são nomeados pelo Presidente da República, depois de serem aprovados por maioria absoluta no Senado Federal, exceto o Ministro do Supremo, que será o próprio Presidente da Corte.

Os ministros são indicados pelos seus respectivos tribunais; o desembargador e o juiz estadual, pelo Supremo Tribunal Federal; o juiz do Tribunal Regional Federal e o juiz federal, pelo Superior Tribunal de Justiça; juiz do Tribunal Regional do Trabalho e o juiz do trabalho, pelo Tribunal Superior do Trabalho; os membros do Ministério Público Federal e Estadual, pelo Procurador-Geral da República; os advogados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e, os cidadãos, um pelo Senado Federal e o outro pela Câmara dos Deputados.

## 3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Como toda inovação, a criação do CNJ não escapou das críticas negativas. A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.367) com pedido de liminar perante o Supremo

Tribunal Federal por entender que a Emenda Constitucional nº 45, ao criar o CNJ, formado por membros de diferentes Poderes da República, ofendeu ao princípio da separação dos Poderes (artigo 2º) e ao pacto federativos (artigo 18), ambos consagrados pela Carta Magna.

A Associação alegou que a criação de um Conselho de Justiça de composição heterogênea para exercer o controle externo no Judiciário já ocorreu em diversos estados – Sergipe, Ceará, Paraíba, Pará e Mato Grosso – e em todos os casos as ações diretas de inconstitucionalidade foram julgadas improcedentes.

Para a AMB, as competências atribuídas ao CNJ são de responsabilidade dos Tribunais de Justiça, o que provoca uma subordinação hierárquica dos órgãos do Poder Judiciário. E, considerando que seis dos quinze membros não provêm do Judiciário, essa seria uma forma de conceder "magistrados 'não-plenos' com poderes para julgar magistrados 'plenos'". (DE JESUS, 2014)

Segundo a AMB, existe nesse interim expressa violação ao pacto federativo "na medida em que submeteu os órgãos do Poder Judiciário dos Estados a uma supervisão administrativa, orçamentária, financeira e disciplinar por órgão da União Federal". (BRASIL, 2006)

A Constituição Federal de 1988 erigiu à condição de cláusula pétrea a separação dos poderes (artigo 60, § 4º, III), dispondo que qualquer propostade emenda tendente a aboli-la não poderá sequer ser objeto de deliberação.A partir dessa premissa é que, antes mesmo da publicação da Emenda nº45, começou a movimentação pela sua inconstitucionalidade no que se refere à criação do CNJ, que só foi oficialmente iniciada pelo ajuizamento da ADI 3.367 no ano de 2004, antes mesmo da publicação da citada Emenda.

Contudo, o STF em 2005, proferiu decisão resolvendo o impasse, julgando improcedente a ação por maioria absoluta, restando vencido o ministro Marco Aurélio. Foi considerada legal a criação do CNJ, bem como sua formação e competência.

O Supremo entendeu, também, pela não caracterização da carência de ação argumentada pelo Congresso Nacional,ora requerido na ação, sob a alegação de que a ação foi proposta antes mesmo da publicação da Emenda.

Entendeu, ainda, que o CNJ é um órgão interno do Judiciário e que se encontra hierarquicamente abaixo dele, por ser o órgão máximo do Judiciário. Por tal razão, não se trata de um órgão de controle externo, mas sim de um órgão integrante do próprio Poder Judiciário, não havendo que se falar em ofensa à cláusula pétrea da separação dos Poderes.

Em seu relatório, o Ministro César Peluso comentou:

> De modo que, sem profanar limites constitucionais da Independência do Judiciário, agiu dentro de sua competência reformadora o poder constituinte derivado, ao outorgar ao Conselho Nacional de Justiça o proeminente papelo de fiscal das atividades administrativa e financeira dqeuele Poder. A bem da verdade, mas que encargo de controle, o Conselho recebeu aí uma alta função política de aprimoramento do autogoverno do Judiciário, cujas estruturas burocráticas dispersas inviabilizar o esboço de uma estratégia político institucional de âmbito nacional. (...) (BRASIL, 2006)

O Supremo também decidiu que a presença de não magistrados não viola o artigo 60, §4º, III e artigo 2º, tendo em vista que a função típica do Poder Judiciário restou preservada, assim como as condições materiais para o seu exercício imparcial e autônomo.

# CONCLUSÃO

A Emenda Constitucional nº 45 surgiucom a preocupaçãode exaltar direitos fundamentais trazidos na Constituição Federal de 1988. E, devido a isso, foi criado o Conselho Nacional de Justiça como forma de viabilizar a efetivação desses direitos.

A referida Emenda foi considerada como uma forma de dar uma resposta à sociedade, que procurava transparência na Justiça brasileira, bem como maior eficiência na prestação jurisdicional. Portanto, é inquestionável que a Emenda Constitucionalnº 45 buscou o resgate de princípios basilares, como o acesso à Justiça, a celeridade processual e a proporcionalidade.

O Conselho Nacional de Justiça tem por finalidade efetivar esses princípios, objetivando também o resgate e a credibilidade da sociedade no Poder Judiciário Brasileiro, que há muito necessitava de um órgão para fiscalizar suas atividades.

Umadas funções primordiais na atuação do CNJ é o de impor planejamento estratégico aos Tribunais, levando o Poder Judiciário a superar a prática de funcionar sem metas e projetos.A cada ano, o Conselho avalia o cumprimento das metas e divulga os resultados da atuação de cada Tribunal, de modo a trazer transparência e estimular o desempenho.

Várias reflexões foram feitas referentes ao CNJ, principalmente no que diz respeito à real competência que o possui dentro do Poder Judiciário. Indiscutivelmente, o CNJ, possui atribuição administrativa. Ocorre que o que está acontecendo é que o órgão em questão aparenta ter tomado novos rumos, passando a trazer para si atribuições de cunho jurisdicional e legislativo, sem que isso esteja de acordo com o entendimento do STF.

Sendo assim, é difícil dizer que o Conselho Nacional de Justiça continuará ou não usurpando as atribuições típicas dos Poderes Estaduais, mas não há que se negar que dificuldade existe em conseguir que essa fiscalização da administração e finanças do Poder Judiciário, bem como nas atividades dos magistrados,não seja invasiva a ponto de ferir a função jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

BAGATINI, Júlia. **Conselho Nacional de Justiça: um controle administrativo do poder judiciário?** Disponível em:http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9498. Acesso em: 03 out. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367**. Relator: Ministro Cesar Peluso. Publicado no D.J em 17.3.2006.

DE JESUS, Marcos Fernando Rocha. **Constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).** Disponível em: http://www.artigojus.com.br/2011/11/constitucionalidade-do-conselho.html. Acesso em: 03 out. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MOREIRA, Caio Rocha. **O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o controle externo do Judiciário**. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/22514/o-conselho-nacional-de-justica-cnj-e-o-controle-externo-do-judiciario. Acesso em: 03 out. 2014.

# O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: PRÓS, CONTRAS E CONSTITUCIONALIDADE

Renato Davi de Sousa Machado

## INTRODUÇÃO: AS ORIGENS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Inicialmente atrelado ao Executivo, o Judiciário ganhou *status* de Poder a partir das ideias de Montesquieu, notadamente aplicadas na Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787. Os juízes passaram da plena subordinação ao rei e passaram a ser chefiados pelo ministro da Justiça, até alcançarem a independência funcional dos dias atuais.

A primeira forma de controle externo efetiva ocorreu na Itália, recém unificada, em 1875, com a Reforma Vigliani. Critérios mais objetivos de avaliação de juízes para fins de remoção e promoção foram adotados. Oito anos depois foi reapresentada a proposta de um Conselho da Magistratura, mas foi na França que o Pleno da Corte de Cassação ganhou a prerrogativa de regular aspectos disciplinares da Magistratura[12].

Em 1904, durante o governo Giovanni Giolitti[13], foi promulgada a Lei Orlando, que criou o Conselho de Magistratura Italiano, com uma composição mais diversificada: o presidente da Corte de Cassação em Roma, o Procurador-Geral da Corte, mais três procuradores-adjuntos e nove membros eleitos pelos juízes e o Ministério Público, com a participação do Ministério da Justiça.

A França, por meio da Constituição da Quarta República (1946), instituiu o Conselho Superior de Magistratura, um órgão autônomo e com o objetivo de garantir a independência do Poder Judiciário, com a seleção e disciplina de juízes. Apresentava a ingerência dos outros Poderes: o Presidente e o Ministro da Justiça eram, respectivamente, o Presidente e o Vice. Complementavam o órgão seis membros eleitos pela Assembleia Nacional (equivalente à Câmara dos Deputados), quatro juízes eleitos por eles mesmos e dois juízes indicados pelo Presidente.

---

[12] SAMPAIO, José Adércio Leite. *Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 180.

[13] Cinco vezes Presidente do Conselho de Ministro, oscilou da Esquerda para o Partido Liberal.

No ano seguinte, a Itália adotou um modelo semelhante, com o mesmo nome, integrado por representantes dos juízes e dos parlamentares, tendo o Presidente do Conselho de Ministros e o Ministro da Justiça, respectivamente, como Presidente e Vice. O objetivo principal era "promover o autogoverno do Poder Judiciário"[14].

Numa espécie de ressuscitação do Poder Moderador presente na Constituição do Império do Brasil, de 1824, a França, por meio da Constituição da Quinta República (1958), elevou o Presidente da República à condição de garantidor da independência do Poder Judiciário. O novo Conselho surgia mais enfraquecido e menos influenciado pelos juízes.

## 2. OS MODELOS MAIS ADOTADOS DE CONSELHOS DE JUSTIÇA

Segundo José Adércio Leite Sampaio[15], os principais modelos de Conselhos de Justiça podem ser divididos em Latino-Europeu e Nórdico-Europeu.

| Tabela 1: Características e Países dos Principais Modelos de Conselhos | | |
|---|---|---|
| **Modelo** | **Características** | **Países** |
| Latino-Europeu | Dominação dos laços do Poder Judiciário com o Executivo, com cuidado mais acentuado em relação às formas de ingresso na Magistratura e das questões disciplinares. | França (*ConseilSupérieur de La Magistrature*, 1883), Espanha (*Consejo General del Poder Judicial*), Itália (*ConsiglioSuperioredella Magistratura*), Portugal (Conselho Superior da Magistratura), Bélgica (Conselho Superior de Justiça, 1998), Turquia (Conselho Superior de Juízes e Promotores Públicos), Andorra (*Consell Superior de laJustícia*), Hungria, Rússia, Ucrânia e países da África. |
| Nórdico-Europeu | Relativa independência em relação ao Poder Executivo e autogoverno do Poder Judiciário mais acentuado. | Suécia (*Dolmstolsverket*, 1975), República da Irlanda (*Courts Service*, 1998), Dinamarca (*DomstolsstyrelsenI)* |

---

[14] SAMPAIO, José Adércio Leite. *Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 181.
[15] Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

A partir dos modelos europeus, outros países adotaram Conselhos de Justiça. O Canadá criou o Conselho Canadense de Magistratura, em 1971, com o objetivo de promover a eficácia e a uniformidade de decisões, e aperfeiçoar a qualidade dos serviços judiciários das cortes. A composição é feita por juízes associados e adjuntos, com uma influência menor dos Poderes Executivo e Legislativo.

Na América Latina houve um extenso – e acalorado – debate a respeito da independência do Poder Judiciário e da interferência do Ministro da Justiça, comumente aceita nos modelos europeus. A Argentina, desde a reforma constitucional de 1994, possui o *Consejo de la Magistratura*, com dezenove membros, incluindo um representante do Poder Executivo, oito congressistas e dois representantes do mundo acadêmico, coordenados pelo Presidente da Suprema Corte[16]. Entre as funções estão regulamentar a organização judiciária, regulamentar as leis processuais, observar o ingresso na carreira judicial, disciplinar os magistrados e elaboração do anteprojeto de orçamento para o Poder Judiciário.

Na Bolívia, também a partir de 1994, há um Conselho da Judicatura, também presidido pelo Presidente da Corte Suprema. Uma das funções é formular listas de candidatos para o órgão máximo do Poder Judiciário. É integrado por juízes, escolhidos pelo Parlamento, com um mandato de dez anos.

A onda 'moderadora' chegou ao Equador, em 1992, com o *Consejo Nacional de la Judicatura*, com funções disciplinares e até o poder de criar tribunais. A composição é predominantemente vinda da Magistratura, com um representante acadêmico.No México, a vigilância e a disciplina do Poder Judiciário, com exceção da Suprema Corte, estão a cargo do Conselho da Judicatura Federal, comandado pelo Presidente da Suprema Corte[17].

Como se pode ver nos casos apresentados, há uma prevalência da carreira judicial nos conselhos, com a presença frequente do meio acadêmico e de representantes de outros poderes, quase sempre com o comando do Presidente da Suprema Corte ou equivalente.

---

[16]SAMPAIO, José Adércio Leite. *Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 197.
[17] Idem, p. 202.

## 3. OS CAMINHOS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NO BRASIL

Os contornos de um Conselho Nacional de Justiça (CNJ) não surgiram com a Emenda Constitucionalnº 45, de 2004. A Constituição de 1967/1969, emendada pela sétima vez em 1975, dotou o Poder Judiciário com o Conselho Nacional da Magistratura (CNM), integrado por sete ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), incluindo o Presidente e o Vice, mais cinco eleitos sem direito à recusa, além do Procurador-Geral da República.

O CNM tinha uma natureza correcional, conhecendo reclamações contra membros de tribunais, com poderes para avocar processos disciplinares e até determinar a aposentadoria ou disponibilidade de juízes, com o papel fiscalizador da lei por parte do Procurador-Geral[18].

Minimizadas as críticas sobre o prejuízo à independência do Poder Judiciário, até mesmo pela estrutura amplamente autóctone do CNM, sua eficiência foi esvaziada pela Redemocratização (1979-1985). Eventuais interferências poderiam ser vistas como retrocesso pelos atores institucionais.

A Comissão de Notáveis, presidida por Afonso Arinos de Melo Franco[19], previu um controle externo do Poder Judiciário e do Ministério Público, chamado Conselho Nacional de Justiça. A iniciativa foi defendida pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Os magistrados impuseram forte objeção, o que, aliado aos anseios democráticos e de independência entre os Poderes, tão mitigada no Regime Militar.

Com a Constituição de 1988, vencedora a corrente de não interferência no Poder Judiciário, surgiu um novo problema. O aumento de demandas, a facilitação do acesso à Justiça, o quadro exíguo de magistrados e denúncias de nepotismo, ineficiência e corrupção resgataram a ideia de um controle externo[20].

O atual Conselho Nacional de Justiça está ligado à Reforma do Judiciário, tentada durante a Revisão Constitucional de 1993/94. Num primeiro momento, as

[18] Idem, p. 240.
[19] "Comissão Provisória de Estudos Constitucionais", cujo anteprojeto, mesmo não formalmente adotado, exerceu influência na Assembleia Nacional Constituinte. Afonso Arinos foi professor, jurista, historiador e político mineiro; membro da Academia Brasileira de Letras (1958-1990) e fez oposição a Vargas e a Juscelino.
[20]SAMPAIO, José Adércio Leite. *Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 242.

atribuições seriam: planejamento e avaliação administrativa; formulação de planos, projetos e programas destinados à independência do referido Poder; elaboração de diretrizes para a organização e prestação dos serviços; acompanhamento e fiscalização da execução orçamentária; processamento e julgamento dos processos disciplinares; zelo pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura.

O Partido dos Trabalhadores (PT) apresentou uma proposta com traços mais audaciosos: além dos anteriores, a iniciativa de o Conselho propor leis que dispusessem sobre estrutura, organizaçãoe funcionamento do Poder Judiciário, bem como do Estatuto da Magistratura e do Estatuto dos Servidores Judiciários.

Finalmente aprovada pela Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 92/1992 previa um Conselho com quinze membros. A iniciativa recebeu diversas emendas no Senado Federal, com debates mais corporativos do que substanciais, retornando à casa iniciadora, que a aprovou em 08/12/2004[21], com o nome de Emenda Constitucional nº 45[22].

## 4. COMPOSIÇÃO E ATRIBUIÇÕES ATUAIS

O Conselho Nacional de Justiça é composto por quinze membros, com previsão constitucional no artigo 103-B:

| Tabela 2: Composição e Atribuições do Conselho Nacional de Justiça | |
|---|---|
| **Composição** | **Atribuições** |
| - O Presidente do Supremo Tribunal Federal[23]<br><br>- Um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que será o Corregedor Na-cional de Justiça;<br><br>- Um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho;<br><br>-Um Desembarga-dor | I - Zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;<br><br>II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;<br><br>III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços |

21 Fonte: www.camara.gov.br Último acesso em 05 out. 2014.
22 Publicada no Diário Oficial da União, em 31/12/2004.
23 Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009. Antes a previsão era de "um Ministro do Supremo Tribunal Federal", com a função de Presidente do Conselho.

| | |
|---|---|
| de Tribunal de Justiça;<br>- Um Juiz Estadual;<br>- Um Juiz do Tribunal Regional Federal;<br>- Um Juiz Federal;<br>- Um Juiz de Tribunal Regional do Trabalho;<br>- Um Juiz do trabalho;<br>- Um Membro do Ministério Público da União;<br>- Um Membro do Ministério Público Estadual;<br>- Dois advogados<br>- Dois cidadãos de notável saber jurí-dico e reputação ilibada. | auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;<br><br>IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;<br><br>V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;<br><br>VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;<br><br>VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. |

Atualmente os membros do Conselho Nacional de Justiça são: Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente); Ministra Nancy Andrighi (Corregedora Nacional de Justiça); Maria Cristina Peduzzi; Ana Maria Duarte Amarante Brito; Guilherme Calmon; Flavio Portinho Sirangelo; Deborah Ciocci; Saulo José Casali Bahia; Rubens Curado; Luiza Cristina Fonseca Frischeisen; Gilberto Valente Martins; Paulo Eduardo Pinheiro Teixeira; Gisela Gondin Ramos; Fabiano Augusto Martins Silveira; Emmanoel Campelo[24].

## 5. DISCUSSÕES SOBRE A LEGITIMIDADE

As discussões sobre a legitimidade do CNJ giram em torno de dois grandes aspectos: a separação dos poderes e o princípio federativo, ambos cláusulas pétreas.

[24] Fonte: http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/composicao/fale-com-os-conselheiros. Ùltimo acesso em: 06 out. 2014.

## 5.1 O Conselho Nacional de Justiça e a Separação de Poderes

O Constituinte originário definiu a separação de poderes como cláusula pétrea. A própria Constituição prevê a harmonia e colaboração entre Executivo, Legislativo e Judiciário, porém a presença de membros alheios à magistratura, com poderes administrativos, orçamentários, financeiros e disciplinares, segundo os críticos da legitimidade do CNJ, prejudicaria a independência dos julgadores.

O Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos das ADIs 98-MT, 135-PB e 137-PA[25] havia entendido que a presença de integrantes alheios à Magistraturalevaria à confusão das diferentes visões e das finalidades institucionais da busca e realização da Justiça[26]. Alguns, como a então Ministra Ellen Grace, alertavam sobre a possível partidarização dos cidadãos de notável saber jurídico indicados pelo Legislativo. Outros, como o Ministro Carlos Velloso, consideravam que o próprio Poder era capaz de administrar seus assuntos, sem necessidade de um novo órgão.

Os argumentos contrários ressaltavam que um mecanismo a mais de contenção de Poder, ainda que de um Poder específico, poderia reforçar a separação de poderes. Os freios e contrapesos ganhariam um reforço. O CNJ seria um órgão da estrutura do Judiciário sem função jurisdicional, majoritariamente formado por magistrados, com a tarefa de zelar pela autonomia do Poder, sem atentado a competências privativas de tribunais.

Mesmo a alegação de que juízes de instâncias ou graus inferiores poderem julgar membros de categoria superior feriria a hierarquia judiciária não seria correta, pois a hierarquia judiciária não se confundiria com subordinação administrativa. A decisão não é do juiz inferior, mas de um órgão colegiado, sem as pressões dos próprios órgãos e entidades envolvidos.

## 5.2 O Conselho Nacional de Justiça e o Princípio Federativo

O Poder Judiciário e o Direito são unos. As exigências de certeza jurídica impõem a uniformidade das leis federais, mesmo quando aplicadas por um juiz

---

[25] Julgadas em agosto de 1997, novembro de 1996, agosto de 1997, respectivamente.
[26] SAMPAIO, José Adércio Leite. *Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 250.

singular[27]. A Constituição Federal, em seu artigo 92, ao citar os órgãos do Poder Judiciário, enumera tribunais e juízes, incluindo União, Estados, Distrito Federal e Territórios.

Essa previsão constitucional decorre da unicidade orgânica do Poder Judiciário, que, independente da distribuição e da especialização funcional, é um Poder de abrangência nacional. O CNJseria, assim, abrangido por essa peculiaridade, sem afetar a estrutura federativa, ainda que seu custeio seja apenas federal, apesar de elementos alheios à União.

A natureza jurídica de órgão administrativo-constitucional do Poder Judiciário da República, com relativa autonomia, sem poder de inovar a ordem jurídica, submetendo-se ao STF, escaparia de uma feição jurisdicional conflitante com os princípios federativos que regem o país.

## 6. O JULGAMENTO DA ADI 3.367-DF

Antes mesmo da publicação oficial da Emenda Constitucional nº 45/2004 foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.367-DF. A carência do Pleito não foi configurada, pois as condições da ação devem persistir na data da sentença, considerando-se presente o interesse processual. A Requerente foi a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e o Requerido foi o Congresso Nacional, então presidido por Renan Calheiros, de Alagoas.

As ofensas às cláusulas pétreas da separação de poderes e do princípio federativo não foram reconhecidas pelo STF, não obstante a fundamentação do voto do Ministro Marco Aurélio Mello, único que se posicionou contra a inconstitucionalidade do CNJ como um todo.

A tabela a seguir ressalta alguns dos principais pontos dos votos dos Ministros[28]:

| **Tabela 3: Destaques da Apreciação da ADI 3.367-DF** | |
|---|---|
| **Ministro** | **Principais Pontos** |
| Cezar Peluso | A independência entre os poderes é diferente da autonomia |

[27]SAMPAIO, José Adércio Leite. *Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 254.
[28] Fonte: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371. Último acesso em: 06 out. 2014.

<table>
<tr><td>(Relator)</td><td>administrativa, financeira e disciplina. Só é imutável quando ameaça o equilíbrio, a estabilidade entre os Poderes, a transferência de prerrogativas a outro deles ou afete a instabilidade jurisdicional (em relação ao Poder Judiciário).<br><br>Montesquieu jamais teria defendido uma separação absoluta e rígida entre os órgãos incumbidos das atividades estatais.<br><br>O CNJ poderia reafirmar a natureza unitária das funções estatais, sem usurpar de funções. Enriquece o sistema.<br><br>O controle da atividade administrativa e financeira do Judiciário não afeta o autogoverno deste Poder.<br><br>O controle ético-disciplinar do Poder Judiciário é um avanço institucional: “imperativo do ‘regime’ republicano”.<br><br>A maioria oriunda da Magistratura atesta a retidão e legitimidade dos poderes do CNJ.Até os membros indicados pelo Legislativo estariam sujeitos a critérios similares aos exigidos para o STF.<br><br>Os juízes de hierarquia inferior não rompem princípios constitucionais, pois as decisões não são monocráticas e ainda podem ser revistas pelo STF.<br><br>Como órgão do Poder Judiciário nacional, é irrelevante que o orçamento do CNJ seja federal. Os demais Poderes não são nacionais, mas situados nas respectivas camadas federativas.<br><br>Os Estados-membros não têm competência constitucional para instituir conselhos, pois ferem o Judiciário nacional: daí a diferença em relação aos julgamentos das ADIs estaduais.</td></tr>
<tr><td>Gilmar Mendes</td><td>Acompanhou o voto do Relator.</td></tr>
<tr><td>Carlos Britto</td><td>Acompanhou o voto do Relator.</td></tr>
<tr><td>Eros Grau</td><td>Montesquieu jamais teria proposto uma separação plena de poderes. O CNJ não representa um controle externo, mas um avanço pretendido. Acompanhou o voto do Relator.</td></tr>
<tr><td colspan="2">Tabela 3: Destaques da Apreciação da ADI 3.367-DF (Continuação)</td></tr>
<tr><td>Ministro</td><td>Principais Pontos</td></tr>
<tr><td>Joaquim Barbosa</td><td>Não há divisão estanque entre os Poderes. Analogia com a Justiça Eleitoral, que também tem a presença de ‘estranhos’.<br><br>Ressaltou o caráter nacional do Poder Judiciário.<br><br>Atacou a analogia com os julgamentos das ADIs estaduais com: precedentes não são eternos; não havia um modelo federal de Conselho naquele tempo.<br><br>Forte presunção de constitucionalidade das emendas.</td></tr>
<tr><td>Ellen Grace</td><td>Entendeu ser inconstitucional a presença de membros alheios à Magistratura. Unicidade do Poder Judiciário.</td></tr>
<tr><td>Marco Aurélio</td><td>Único voto a propriamente a favor da inconstitucionalidade do CNJ: “vã esperança para a sociedade brasileira”.<br><br>CNJ não pode zelar pela autonomia do Poder Judiciário ao atuar de forma paralela a este, com uma composição mista e ingerência de</td></tr>
</table>

| | |
|---|---|
| | outros poderes.<br><br>Diferentemente do “quinto constitucional”, não há participação do Poder Judiciário na escolha de certos membros do CNJ.<br><br>Um órgão que compõe o Poder Judiciário sem poder judicante propriamente dito vai de encontro ao princípio federativo.<br><br>Retomou o julgamento das ADIs MT, PB e PA. |
| Carlos Velloso | Ressalta os freios e contrapesos: a fiscalização e o julgamento de um Poder sobre o outro.O controle das atuações administrativa e financeira de um Poder são positivas.<br><br>Critica a participação dos membros indicados pelo Legislativo, dada a conotação político-partidária. Entende que os membros indicados pela OAB não devem advogar durante a permanência no CNJ. O Ministério Público deve atuar como fiscal da lei. Reforça a importância do Corregedor.<br><br>Votou pela inconstitucionalidade parcial da Emenda 45. |
| Celso de Mello | Mecanismos de controles institucionais, atividades financeiras e gestão orçamentária do Poder Judiciário são importantes, pois há magistrados que “descumprem seus deveres funcionais”. Isso não fere o modelo republicano federativo.<br><br>O CNJ não se reveste como instância máxima: haverá possibilidade de impugnação das decisões pelo STF.<br><br>Três pontos: órgão integrante do Poder Judiciário, composição majoritariamente de membros deste Poder e possibilidade de controle de suas decisões, garante a constitucionalidade.<br><br>Acompanhou o voto do Ministro Cezar Peluso. |
| Sepúlveda Pertence | Diante da suavidade da Emenda 45, acompanhou o voto do Relator, exceto membros indicados pelo Legislativo, que passariam a ser integrantes de um órgão do Poder Judiciário. A superposição de poderes seria decorrente da possibilidade de recondução desses membros.<br><br>Os membros indicados pela OAB e o Ministério Público reforçariam as funções essenciais à Justiça desses órgãos. |
| Nelson Jobim (Presidente) | Ressaltou que já havia proposto um Conselho na Assembleia Constituinte de 1987 e na Revisão Constitucional de 1993.<br><br>Acompanhou o voto do Ministro Cezar Peluso. |

Portanto, o STF considerou inconstitucional a criação de Conselhos por meio do Poder Constituinte derivado decorrente (julgamento das ADIs estaduais). Admitiu como constitucional a manifestação do Poder Constituinte derivado reformador (Emendas Constitucionais à Constituição Federal).

## CONCLUSÕES

A ideia de poderes completamente independentes, sem um controle misto, é atraente. Nos Estados Unidos da América (EUA), o Presidente sequer tem o poder de apresentar um projeto de lei: deve recorrer a um dos líderes no Congresso para fazê-lo. Tampouco há um Conselho Nacional de Justiça no sistema norte-americano. E este parece funcionar relativamente bem ao longo de mais de dois séculos.

Na maior democracia do mundo, a Índia, também não há um Conselho regulamentador, embora seja discutível afirmar que a ex-colônia britânica seja um modelo de justiça e equidade. Mas Alemanha e Reino Unido, dois sólidos e respeitados países, carecem de um controle administrativo do Poder Judiciário.

O Judiciário brasileiro não funciona tão bem como nos EUA, Alemanha ou Reino Unido. Parte pela excessiva demanda, parte por uma quantidade de magistrados abaixo da ideal. Por outro lado, quem milita na advocacia sabe o quanto juízes e tribunais podem protelar decisões de forma absurda e cometer excessos que prejudicam a atuação dos advogados e a justiça buscada pela sociedade.

Pode não ser agradável a ideia de um órgão se imiscuindo num Poder constituído. Ainda mais decorrente do Constituinte reformador. Entretanto, o Conselho Nacional de Justiça é, na prática, um avanço. Deve ser aperfeiçoado regularmente, conforme a evolução institucional e as necessidades existentes.

Apesar das deficiências nos diversos modelos existentes, os Conselhos – em particular o do Brasil – têm cumprido uma relevante função de solucionar complicados problemas relacionados à administração e à eficiência dos órgãos jurisdicionais[29]. A proibição do nepotismo e a exigência de três anos de atividade jurídica como requisito para ingresso na Magistratura estão entre as importantes medidas aprovadas pelo CNJ[30].

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Atualizada até a emenda constitucional nº 77.

---

[29] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.004.
[30]LENZA, P.. Direito constitucional esquematizado. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 723.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Último acesso em 07 out. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Último acesso em 07 out. 2014.

LENZA, P. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Último acesso em 07 out. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Último acesso em07 out. 2014.

# A teoria da Separação dos Poderes sob a lente do Supremo Tribunal Federal

Renato Antunes Teixeira

O presente trabalho tem como ponto de partida para discussão o julgamento da ADI 3367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, que decidiu ser constitucional a criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Tal precedente foi utilizado como exemplo para o estudo da teoria da Separação dos Poderes sob a lente do Supremo Tribunal Federal.

A Associação dos Magistrados Brasileiros, ao propor a ADI, argumentava que a instituição do CNJ pela EC n.° 45/2004 feriu a separação de poderes, pois, apesar de ser um órgão de controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário e de controle do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, é composto de membros estranhos a tal Poder. Por esse motivo, o CNJ seria uma ameaça à independência do Poder Judiciário.

A Associação dos Magistrados Brasileiros argumentava, ainda, que a instituição do CNJ feriria o pacto federativo, pois submeteria o poder judiciário dos estados membros à supervisão administrativa e disciplinar do conselho nacional de justiça – órgão da União. No entanto, pela finalidade do presente trabalho de avaliação final na disciplina "*Separação de Poderes: Teoria e crítica*" tal assunto não será abordado.

Pois bem, na formulação clássica da Teoria da Separação de Poderes, formulada por Montesquieu, tem-se um mecanismos institucional no qual o poder freia o poder, ou seja, a separação de poderes possui como função limitar a atuação dos detentores do poder, pois todo aquele que detém poder tende a dele abusar.

Para Montesquieu os poderes são três:o poder legislativo, o poder executivo das coisas quedependem do direito das gentes, e o poder executivo das coisas que dependem do direitocivil. E explana que pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz, corrige ou revoga leis; pelo segundo, o príncipe ou magistrado faz a paz ou a guerra, envia ou recebeembaixadas, estabelece a segurança, previne as

invasões; pelo terceiro, o príncipe ou magistrado pune os crimes ou julga as querelas dosindivíduos.

Os poderes limitam uns aos outros por meio das faculdades de estatuir e de impedir, com exceção do poder de julgar que é neutralizado por si só.O legislativo é composto por duas câmaras – câmara alta (representantes da nobreza e hereditária) e câmara baixa (representantes eleitos).

Cada câmara possui a faculdade de estatuir "normas" e de impedir as "normas" da outra câmara, ou seja, somente pela exata coincidência de vontadesentre câmara alta e câmara baixa é que o poder legislativo estatui. Se assim não for uma câmara anula a outra.Contudo, mesmo que ambas as casas coincidam em suas vontades deestatuir, é necessário, ainda, que o poder executivo não rejeite a decisão parlamentar (por meio do veto). Ou seja, para Montesquieu a participação do executivo na criação da legislação ocorre por meio do poder de impedir.

Por esse mecanismo as duas câmaras legislativas e o poder executivo limitam-sereciprocamente.

Segundo José Levi Mello doAmaral Júnior:

> (...) a Constituição brasileira de 1988 coloca como "poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" (art.2o). No entanto, é fácil perceber que, em diversos aspectos, o arranjo institucional pátrios egue caminho diverso daquele descrito em O espírito das leis. Por exemplo, o Presidente da República participa ativamente do processo legislativo. Não só possui iniciativa legislativa, inclusive reservada em certas matérias (art. 61, §1º), como também pode editar medidas provisórias (art.62) e elaborar leis delegadas (art.68). Ademais, o bicameralismo pátrio é desigual, com prevalência da casa iniciador asobre a revisora (art.65). Enfim, o veto presidencial pode ser derrubado pelo Congresso Nacional (art.66, §4º).
>
> Ademais, o Supremo Tribunal Federal brasileiro reconhece que a "separação dos Poderes" resguardada pela Constituição (art.60,§4o,III), não invoca um modelo abstrato (por exemplo, o de Montesquieu), mas, sim, o núcleo essencial de um modelo concreto, qual seja, o arranjo institucional adotado pelo constituinte originário. Porém, vale registrar, isso não impede que emendas constitucionais modifiquem aspectos do arranjo, desde que não sejam tendentes a aboliro núcleo essencial do modelo adotado.[31]

---

[31]AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de O espírito das leis. Revista os Tribunais, Ano 97, V. 868, fevereiro 2008. São Paulo: RT, 2008 (p. 16)

Ou seja, apesar de inspirado no modelo clássico de Montesquieu, a separação de poderes da forma como foi prevista na Constituição brasileira de 1988 adquiriu contornos próprios, mantendo a essência da limitação do poder pelo poder, definindo que os poderes são independentes e harmônicos entre si –"*Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*".

Assim, ao lado das atribuições traçadas pela Constituição como precípuas a um poder foi instituídas atribuições atípicas, que dão efetividade à limitação do poder pelo poder. Ou seja, no sistema de separação de poderes um poder limita o outro por meio de atribuições constitucionais preestabelecidas, sem que isso importe no desrespeito à indecência dos poderes.

Ensina nos Paulo Gustavo Gonet Branco que:

> O desenho da separação de Poderes como concebido pelo constituinte originário é importante. A emenda que suprima a independência de um dos Poderes ou que lhe estorve a autonomia é imprópria. Essa cláusula pétrea revela como problemática uma proposta de emenda à Constituição que pretenda instaurar o parlamentarismo. Uma tal emenda estaria, ainda, em linha colidente com a decisão direta do poder constituinte originário, tomada no plebiscito ocorrido por força do disposto no art. 2º do ADCT.[32]

Dentro dessa perspectiva o STF julgou na ADI 3367/DF a possibilidade de a EC n.° 45/2004, no que concerne a criação do CNJ, ser declarada inconstitucional por violação do princípio da separação dos poderes, uma vez que, supostamente, haveria a ingerência dos outros poderes em assuntos próprio do Poder Judiciário. Como veremos adiante, tal Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada improcedente e a EC n.° 45/2004 foi declara hígida perante a Constituição.

Nessa perspectiva, o voto do Ministro Relator Cezar Peluso teve a preocupação de consignar que todo em qualquer interferência direta na função judicante feriria a independência do Poder Judiciário e, portanto, coloria em risco a esperada imparcialidade do Juiz. Deste modo, seria inconstitucional.

Por outro lado, transferência de prerrogativas com teores que não atinjam diretamente a autonomia do judiciário é perfeitamente possível, não importando em agressão à separação de poderes.

[32]MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Dos ensinamentos do Montesquieu Cezar Peluso lembra que a finalidade da teoria da separação de poderes é impedir que a concentração de poder comprometesse a liberdade dos cidadãos e, portanto, frear os intuitos abusivos a que leva o poder incondicionado. Era, assim, uma forma de limitar o poder político como garantia da liberdade individual.

Lembra o relator que Montesquieu nunca defendeu a ideia de separação absoluta e rígida entre os órgãos incumbidos de cada função estatal. Ao contrário, Montesquieu fazia referência a mecanismos de relacionamento mútuo entre os poderes, como, por exemplo, o veto do executivo no processo legislativo.

Essa ideia foi a base para que os federalistas norte americanos criassem um esquema de contensões e compensações (*checks and balances*) de fiscalização recíproca com a finalidade de controle mútuo entre os poderes, para que nenhum deles ultrapasse os seus limites institucionais.

Aduz o Ministro Peluso que as definições teóricas, indicadas por Montesquieu, são importantes como registro histórico das bases das diversas formulações que a separação de poderes admitiu nos diversos ordenamentos jurídicos. No entanto, a forma como nossa Constituição estabeleceu a separação de poderes possui feições particulares e somente por meio delas podemos entender sua configuração no nosso ordenamento.

Para isso deve-se fazer um confronto analítico entre relativos à organização e ao funcionamento das funções públicas. Entender o tratamento normativo, por meio do corpo constitucional, nos dará o sentido e os limites do predicado da "independência" e da "harmonia" dos poderes.

Fazendo essa analise se nota que o constituinte garantiu a independência nas funções precípuas, mas previu mecanismos de controle recíproco, como verdadeiro sistema de integração e cooperação.

Afirma o Ministro Relator que "esse quadro normativo constitui quadro expressão natural do princípio na arquitetura política dos freios e contrapesos"[33]. A exegese constitucional no sentido de que a independência pode possuir contornos

[33] ADI 3367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJ 22.9.2006 (Caso da criação do CNJ – Voto do relator) (p. 222).

absolutos deve, portanto, ser rechaçada. Portanto, por esse prisma, não se pode concluir que a criação do CNJ seja inconstitucional.

> Talvez ocorra a alguém que, na prática, essa composição híbrida poderia comprometer a independência interna e externa do Judiciário. A objeção não é forte, porque os naturais desvios que, imputáveis à falibilidade humana, já alimentavam, durante os trabalhos preparatórios da Constituição americana, o ceticismo calvinista em relação aos riscos de facciosidade do parlamento, são inerentes a todas as instituições, por acabadas e perfeitas que se considerem. Mas, se escusa reforço à resposta, é sobremodo importante notar que o Conselho não julga causa alguma, nem dispõe de nenhuma atribuição, de nenhuma competência, cujo exercício fosse capaz de interferir no desempenho da função típica do Judiciário, a jurisdicional. Pisa-lhe, antes, abrangente dever constitucional de "*zelar pela autonomia*" do Poder (art. 1 03-B, § 49, inc. I). E não seria lógico nem sensato levantar suspeitas de que, sem atribuição jurisdicional, possa comprometer independência que jamais se negou a órgãos jurisdicionais integrados por juízes cuja nomeação compete ao Poder Executivo, com ou sem colaboração do Legislativo.
>
> (...)
>
> Igual coisa pode dizer-se de imediato sobre a competência de controle do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Ou a atribuição em si, a este ou àquele órgão, não trinca nem devora a independência do Poder, ou se há de confessar que este nunca tenha sido verdadeiramente autônomo ou independente. A outorga dessa particular competência ao Conselho não instaura, como novíssima das novidades, o regime censório interno, a que, sob a ação das corregedorias, sempre estiveram sujeitos, em especial, os magistrados dos graus inferiores, senão que, suprindo uma das mais notórias deficiências orgânicas do Poder, capacita a entidade a exercer essa mesma competência disciplinar, agora no plano nacional, sobre todos os juízes hierarquicamente situados abaixo desta Suprema Corte. Como se percebe sem grandes ginásticas de dialética, deu-se apenas dimensão nacional a um poder funcional necessário a todos os ramos do governo, e cujo exercício atém-se, como não podia deixar de ser, às prescrições constitucionais e às normas subalternas da Lei Orgânica da Magistratura e do futuro Estatuto, emanadas todas do Poder Legislativo, segundo os princípios e as regras fundamentais da independência e harmonia dos Poderes.[34]

Ou seja, são duas as atribuições conferidas ao CNJ: o controle da atividade administrativa e financeira do Judiciário e o controle ético-disciplinar dos seus membros. Deve-se indagar em que ponto tais atribuições pode interferir na imparcialidade dos juízes e tribunais como forma de aferir a constitucionalidade de tal órgão.

---

[34] ADI 3367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJ 22.9.2006 (Caso da criação do CNJ – Voto do relator) (pp. 226 e 228).

Nota-se assim que a primeira das atribuições não possui o condão de sufragar o autogoverno do Judiciário, pois nenhum das competências privativas dos tribunais foi transferida ao CNJ, sendo apenas um fiscal das atividades administrativas e financeiras do Poder Judiciário.

A segunda também não atinge a imparcialidade jurisdicional, tratando-se em verdade de verdadeira conquista do Estado democrático de direito, pois permite a responsabilização dos juízes por inobservância das obrigações funcionais.

Também não se caracteriza indevida interferência dos outros poderes a presença de membros (em número reduzido) de fora do poder judiciário, pois, além de ser expressão do princípio democrático, estes possuem ligação, ainda que indireta, com as atividades jurisdicionais, pois são representantes do Ministério Público, advogados e os dois cidadãos indicados pelo legislativo devem possui "notável saber jurídico e reputação ilibada". Por outro lado, a maioria absoluta dos membros do conselho é oriunda da magistratura.

Referindo-se ao MP e à advocacia consignou o Relator:

> É, pois, compreensível e conforme, não contrário, aos princípios que, presumindo-se ambas as instituições aptas e interessadas em oferecer contribuições valiosas ao aperfeiçoamento da função jurisdicional, a advocacia e o Ministério Público ganhem posto e dever de cooperação no seio do órgão agora predestinado ao controle nacional da atuação administrativo-financeira e ético-funcionat do Judiciário.
>
> Por fim, se o instituto que atende pelo nome de quinto constitucional, enquanto integração de membros não pertencentes à carreira da magistratura em órgãos jurisdicionais, encarregados do exercício da função típica do Judiciário, não ofende o princípio da separação e independência dos Poderes, então não pode ofendê-la a fortiori a mera incorporação de terceiros em órgão judiciário carente de competência jurisdicional.[35]

Portanto, segundo o STF, é constitucional e não fere o princípio da separação de poderes a criação do Conselho Nacional de Justiça.

Conclui-se, assim, que aos olhos do Supremo a teoria da Separação dos Poderes não pode ser encarada como uma determinação de independência absoluta de um poder em relação ao outro. Ao contrário, aos diversos órgãos são dadas atribuições que de certa maneira interferem nas competências de outro com a

[35] ADI 3367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJ 22.9.2006 (Caso da criação do CNJ – Voto do relator) (p. 242).

finalidade de contenção mútua (sistema de pesos e contrapesos), pois somente assim o poder irá limitar o poder.

## REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de O espírito das leis. Revista os Tribunais, Ano 97, V. 868, fevereiro 2008. São Paulo: RT, 2008;

ADI 3367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJ 22.9.2006 (Caso da criação do CNJ – Voto do relator).

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. Lições de filosofia do Direito, São Paulo: Ícone, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Supremacia da Lei, Supremacia da Maioria. *In*: *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

LOCKE, John. Dois Tratados Sobre o Governo: Livro II: Segundo Tratado. 1 ed. 2 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira;BRANCO,Paulo Gustavo Gonet.Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. O Espírito das Leis. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Capítulos I a VI do Livro XI);

# CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, SEPARAÇÃO DE PODERES E ADI Nº 3367-DF

Tiago Felipe de Moraes

## Introdução

O presente trabalho busca analisar aADI nº 3367-DF, apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na qual se questiona a constitucionalidade do CNJ– Conselho Nacional de Justiça, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, à luz da teoria da separação dos poderes, muito embora a discussão jurídica existente na ADI seja mais ampla.

No entanto, antes de adentramos no exame do caso em específico, se faz necessária uma breve análise da teoria de separação de poderes formulada por Montesquieu, em seu livro o "Espirito das Leis", em que o autor, a pretexto descrever o sistema de governo inglês, propõe uma nova forma de organização de Estado, que tem como cerne a limitação do poder pelo poder, e cujo modelo de organização de estado ainda influencia e é presente em vários países, incluído o Brasil.

A Constituição Federal de 1988 consagrou a clássica doutrina de separação dos poderes, estipulando-o como valor estruturante da República Federativa do Brasil, e o alçandoà categoria de cláusula pétrea, pelo artigo 60, §4º, III. Outrossim, estabeleceu em vários de seus dispositivos, mecanismos de controle recíprocos de um poder sobre o outro,relativamente ao cumprimento dos deveres constitucionais de cada um.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, imbuídadessa concepção de limitação do poder, criou o CNJ – Conselho Nacional de Justiça, como órgão do Poder Judiciário e com a atribuição o controle deste poder.

No entanto, sua criação gerou a insatisfação de alguns setores da sociedade, em especial da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), que questionou a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 45, no tocante à criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do ajuizamento da ADI

3.367, sustentando que o referido órgão, fundamentalmente, viola, dentre outras coisas, o princípio da separação de Poderes.

Ao apreciar a matéria, o Supremo Tribunal Federal afastou a arguida afronta ao princípio da separação dos poderes, decidindo, por maioria, que a criação do Conselho Nacional de Justiça é constitucional.

## 2. Separação de poderes. Formulação clássica idealizada por Montesquieu

Em 1748, Montesquieu escreve o seu livro "O Espírito das Leis", que no capítulo 6, do livro XI, trata da formulação clássica da separação dos poderes, que por muitos é considerada como uma verdadeira receita de arte política.

De acordo com o autor,todo aquele que detém o poder, tende a abusar desse poder, ou seja, tende de esticar esse poder e ir até onde encontra limites.

Diante disso, sustenta que deve haver a limitação do poder, sobretudo para garantir a liberdade das pessoas, oportunidade em que, valendo-se dos ensinamentos de Aristóteles, relativo às formas puras de poder, formula a conhecida teoria clássica da separação de poderes, aduzindo que devem existir três formas de poder, quais sejam o Executivo, o Legislativo, e o Judiciário, bem assim que é preciso estabelecer relações entre essas formas de poder, sugerindo o mecanismo de limitação de um poder sobre o outro, que em francês seria as faculdades de impedir (vetar) e estatuir (fazer), e que em português se conhece como "freios e contrapesos".

Segundo o modelo de governo proposto por ele,o Poder Executivo seriaexercido pelo monarca, o Poder Legislativo, seriaformado por duas câmaras, quais sejam a Câmara Alta (Casa dos Lordes) e Câmara Baixa (Casa dos comuns), representando a aquelaa nobreza e estao povo, e que o Poder Judiciário seria exercido pelo povo, por meio da instituição do júri.

Argumenta também que somente a lei poderia restringir a liberdade das pessoas, e propõe um processo de elaboração das leis, em que seria necessário o consenso das duas câmaras e ainda do Rei para sua edição, o que dificilmente aconteceria, de modo que poucas leis seriam criadas, o que, no entanto, era bom, na medida em que poucas seriam as hipóteses de restrição da liberdade das pessoas.

Ademais, conforme os seus ensinamentos, só o poder pode refrear os impulsos de outro poder, sendo certo ainda que esse equilíbrio entre os poderes irá garantir a liberdade das pessoas.

## 3. Positivação da teoria da separação dos poderes na Constituição de 1988

A teoria da separação dos poderes está expressa no artigo 2º da Constituição Federal da República do Brasil de 1988, o qual estabelece que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Além disso, em várias outras passagens do texto constitucional, se visualiza essa dinâmica de "freios de contrapesos", em que os poderes da união são limitados uns pelos outros, em determinadas circunstâncias, a fim de evitar abusos e garantir o respeito aos direitos e garantias fundamentais, bem como os demais ideários buscados pelo poder constituinte originário.

Como exemplo, podemos citar o controle do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo, previsto no artigo 66, §1º, da Magna Carta, que concede ao Presidente da República a prerrogativa de vetar o projeto lei aprovado pelo Legislativo, quando considera-lo inconstitucional ou contrário ao interesse público, ou então o controle do Poder Judiciário sobre o Legislativo, quando exerce o controle de constitucionalidade, previsto no artigo 102, *caput*, da CF, ou então, o controle do Legislativo sobre o Judiciário, quando aprova a escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal, e de vários outros tribunais, escolhidos pelo Presidente da República, além de várias outras hipóteses interferência de um poder sobre o outro.

Verifica-se, portanto, que a separação de poderes não é rígida, sendo perfeitamente possível o controle de um poder sobre o outro, sem que isso afete a independência deles, na medida em que essa interferência ocorre de maneira harmônica.

Ademais, conforme já dito, o princípio separação de poderes foi erigido pelo poder constituinte como cláusula pétrea, não podendo ser modificado ou suprimido, nos moldes do artigo 60, §4º, III, da Constituição Federal.

## 4. Dos motivos que levaram à criação do CNJ – Conselho Nacional de Justiça e sua atuação interna no Poder Judiciário

Não é de hoje a crise enfrentada pelo Poder Judiciário, no tocante à morosidade da justiça, pois não raro há processos com mais de dez anos esperando por uma decisão judicial, além da infinidade de recursos previstos em nossa legislação processual, que acabam por eternizaras demandas judiciais, sem contar que essa demora na entrega da prestação jurisdicional termina por comprometer a efetividade do Judiciário.

Além disso, na década de 90, começaram a surgir denúncias sobre a corrupção de juízes, o que comprometia ainda mais a imagem do Poder Judiciário, bem como colocava sob suspeita a imparcialidade dos magistrados.

Diante desse contexto, a necessidade de criação de um órgão de controle era cada vez mais latente, até que, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, se criou o Conselho Nacional de Justiça- CNJ, órgão do Poder Judiciário,composto por 15 membros, sendo 9 oriundos da magistratura, e os demais por cidadãos e entidades da sociedade civil, a quem foi atribuída a competência de controlar a atuação administrativa e financeira desse poder.

No entanto, muitos foram os questionamentos, de todas as naturezas possíveis, quanto à sua criação, que ia desde a forma de composição, até a própria conformação constitucional, tendo Supremo Tribunal Federal posto fim à discussão, ao apreciar a ADI nº 3.367-1-DF, ajuizada pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB, julgando-a totalmente improcedente.

As atribuições do CNJ se encontram disciplinadas no artigo 103-B, §4º, da Constituição Federal, e são as seguintes:

> § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por

> membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Com se nota de suas atribuições, o controle realizado pelo CNJ é interno, e não externo, estando em perfeita consonância com o disposto no artigo 74, III, da Carta Magna.

Ademais, cumpre observar que os atos praticados pelo Conselho estão sujeitos ao controle do Supremo Tribunal Federal, consoante disciplina o artigo 102, I, “r”, da Constituição Federal.

## 5. Da Constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça, sob o enfoque da ADI nº 3.367-1/DF e da teoria da separação dos poderes

A constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça foi posta à prova quando do julgamento da ADI nº 3.367-1-DF, ajuizada pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB.

Dentre os argumentos utilizados pela AMB, tem-se o de que a instituição do CNJ implicaria inegável ofensa ao princípio da separação e da independência dos poderes, de que são corolários o auto-governo dos Tribunais e sua autonomia administrativa, financeira e orçamentária, nos termos dos artigos 96, 99 e parágrafos, e 168 da CF/88, sobretudo porque composto por membros de origem alheia ao Poder Judiciário, e porque dois deles seriam indicados pelo Legislativo.

O Relator da ADI, Ministro Cezar Peluso, aduz que a preocupação da AMB é salutar, pois a independência do Poder Judiciárioconstitui substrato indispensável para se garantir o resguardo da ordem jurídica, e por consequência a liberdade do povo, sendo desse modo imprescindível se garantir que a atividade judicante seja exercida de maneira imparcial.

No entanto, sustenta que a independência suporta, na sua feição constitucional, teores diversos de autonomia administrativa, financeira e disciplinar, bem como que somente pode ser considerada invulnerável, como predicado essencial do sistema de separação dos poderes, quando concreta redução de seu âmbito primitivo importe, em dano do equilíbrio e estabilidade entre os Poderes, transferência de prerrogativas a outros deles, mesmo que não chegue a caracterizar submissão política. Argumenta ainda que fora dessas hipóteses, nada obsta que o constituinte reformador lhe redesenhe a configuração histórica, mediante reorganização orgânica e redistribuição de competências no âmbito da estrutura interna do Judiciário, sem perda nem deterioração das condições materiais de isenção e imparcialidade dos juízes.

Nessa esteira, após fazer uma análise histórica acerca dos postulados firmados pelos principais pensadores que deram origem à teoria da separação dos poderes, valendo-se principalmente dos ensinamentos de Montesquieu, afirma que este autor não exclui a possibilidade de controles recíprocos entre os poderes, pelo

contrário, de acordo com o mecanismo de freios e contrapesos por ele idealizado, isto é, de limitação de um poder sobre o outro, o controle deve ser justamente externo, a fim de impedir que qualquer dos poderes transponha seus limites institucionais.

Todavia, adverte que é preciso apurar as feições particulares que o princípio da separação de poderes tomou em nossa Constituição Federal, de modo a aferir se a instituição do Conselho Nacional de Justiça insulta, ou não, o sistema positivo de separação e independência dos Poderes.

Em seguida, assevera que um rápido percurso pelo texto constitucional, revela que não são raros os institutos cuja disciplina demonstra ostensiva existência de mecanismos predispostos ao controle mútuo entre os Poderes e, até, ao desempenho anômalo, por um deles, de função típica de outro, o que demonstra, inclusive, que a independência do Poder Judiciário não é absoluta.

Por tais razões, consigna que sob o prisma constitucional brasileiro do sistema de separação dos Poderes, não se vê a priori como possa ofendê-lo a criação do Conselho Nacional de Justiça, pois trata-se de órgão do Poder Judiciário, composto, na maioria, por membros desse mesmo Poder, nomeados sem interferência direta dos outro Poderes, dos quais o Legislativo apenas indica, fora dos seus quadros e, pois, sem laivos de representação orgânica, dois dos quinze membros. Nessa esteira, afirma que a participação do Legislativo seria simbólica, bem assim que essa previsão não estabelece qualquer inovação na ordem constitucional, ao revés é muito mais modesta, por exemplo, que o disposto no artigo 101, parágrafo único, da CF/88, relativo ao processo de escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, poisconfere ao Chefe do Executivo competência exclusiva para nomear todos os integrantes deste órgão.

Em função disso, sustenta que seria um absurdo lógico-jurídico se cogitar, sob o pretexto de usurpação de poderes, pela inconstitucionalidade da criação do CNJ, sem antes reconhecê-la, com maiores e mais conspícuas razões, ao processo de nomeação de todos os ministros do Supremo Tribunal Federal.

Acrescenta que a abertura das portas do Judiciário para que representantes da sociedade tomem parte no controle administrativo-financeiro e ético-disciplinar da atuação do Poder, robustece o seu caráter republicano e

democrático, lembrando ainda da relevância da advocacia e do Ministério Público enquanto funções essenciais da Justiça.

De outra parte, argumenta que o Conselho não julga causa alguma, nem dispõe de nenhuma atribuição, de nenhuma competência, cujo exercício fosse capaz de interferir no desempenho da função típica do Judiciário, a jurisdicional.

A AMB sustenta também o argumento de que a criação do Conselho violaria o pacto federativo, ao submeter o Poder Judiciário dos estados membros à supervisão administrativa e disciplinar do conselho nacional de justiça.

Sobre essa questão, o Ministro Relator sustenta que o pacto federativo não se desenha nem expressa, em relação ao Poder Judiciário, de forma normativa idêntica à que atua sobre os demais Poderes da República, enquanto manifestação da unidade do poder soberano do Estado, tampouco pode deixar de ser una e indivisível, é doutrina assente que o Poder Judiciário tem caráter nacional, não existindo, senão por metáforas ou metonímias "Judiciários estaduais" ao lado de um "Judiciário federal".

Além disso, aduz que a divisão da estrutura judiciária brasileira, sob tradicional, mas equívoca denominação, em Justiças, é só o resultado da repartição racional do trabalho da mesma natureza entre distintos órgãos jurisdicionais.

Ademais, no tocante ao teor da Súmula 649 do STF, aduz que a criação do Conselho não se enquadra na hipótese disciplinada neste verbete, pois se trata de um órgão interno do judiciário, bem assim porque sua formação apresenta maioria qualificada (três quintos) de membros da magistratura, ao passo que os conselhos estaduais, a que se refere a súmula, eram órgãos externos e eram compostos por membros originais do Legislativo estadual, cuja presença não deixava nenhuma dúvida quanto à forma de interferência direta doutro Poder.

Ao final, depois de tecer todos esses argumentos, afirma que o poder constituinte derivado agiu dentro de sua competência reformadora, ao outorgar ao Conselho Nacional de Justiça o proeminente papel fiscal das atividades administrativa e financeira do Poder Judiciário, e por corolário julgou totalmente improcedente a ADI, "*vencidos o Min. Marco Aurélio, que o julgava integralmente procedente; os Ministros Ellen Gracie e Carlos Velloso, que o julgavam parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos incisos X, XI,*

*XII e XIII do art. 103-B e o Min. Sepúlveda Pertence, que o julgava procedente, em menor extensão, dando pela inconstitucionalidade somente do inciso XIII do caput do art. 103-B*".

Por fim, transcreve-se abaixo o teor da ementa do voto:

> EMENTAS: 1. AÇÃO. [...]. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional nº 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. 3. PODER JUDICIÁRIO. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estados membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça. 4. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos art. 102, caput, inc. I, letra "r", e § 4º, da CF. O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito. [...] (ADI 3367, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2005, DJ 17-03-2006 PP-00004 EMENT VOL-02225-01 PP-00182 REPUBLICAÇÃO: DJ 22-09-2006 PP-00029 – grifos originais)

## Conclusão

Ante ao todo exposto, conclui-se que a instituição do Conselho Nacional de Justiça foi uma decisão acertada, conforme inclusive entendeu o STF, ao apreciar ADI nº 3.367-1-DF, ajuizada pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB.

Isso porque, sua criação está em perfeita consonância com a teoria da separação de poderes formulada por Montesquieu, de freios e contrapesos, bem como porque os contornos jurídicos dados pela Constituição Federal a este mecanismo de organização de estadose harmoniza perfeitamente com essa ideia de controles recíprocos.

Nesse passo, não há como refutar a necessidade e constitucionalidade do CNJ.

## Referências


AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes emMontesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de *O Espírito das Leis*. *In Revista dos Tribunais (São Paulo), v. 868, p. 53-68, 2008*.

BRASIL, Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Publicada no Diário Oficial da União de 5/10/1988, p. 1. (anexo). Disponível em: https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/509f2321d97cd2d203256b280052245a?OpenDocument&Highlight=1,constitui%C3%A7%C3%A3o&AutoFramed. Acesso em 14/10/2014.

BRASIL, Ministério da Justiça. Exposição de Motivos nº 204, de 15 de dezembro de 2004. Proposta de formalização do "Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido eRepublicano". Publicado no Diário Oficial da União de 16/12/2004, seção I, p. 8. Disponível em: file:///C:/Users/J%C3%BAlia/Downloads/pacto%20pelo%20Judici%C3%A1rio%20(1).pdf. Acesso em 13/10/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367-DF. Publicado no Diário Oficial da União de 22/09/2006, p. 29. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2260590.Acesso em 13/10/2014.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de. O Espírito das Leis. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

# ADI 3367: Caso do Conselho Nacional de Justiça

Waldir Macieira da Costa Neto

## 1 ADI 3367

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ajuizou em 2005 a ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3367. A AMB era contra a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), alegando que não podia existir um orgão independente para fiscalizar e propor políticas públicas para o Poder Judiciário.

Em seus argumentos a AMB defendeu que a criação do Conselho Nacional de Justiça enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário, formado por diferentes Poderes da República e por magistrados de diferentes instâncias, ofendia o princípio da separação e independência dos Poderes (CF, art. 2º) e a Emenda Constitucional 45, que o criou, violava o Princípio Federativo (CF, art. 18), pois o CNJ passaria a supervisionar administrativamente e de forma disciplinar o poder Judiciário nos estados.

No voto do relator, o ministro Cezar Peluso, o argumento não é procedente, porque o Conselho e a Justiça nos estados integram o Judiciário e o conselho é concebido e estruturado como um órgão do Poder Judiciário nacional e não da União, portanto o conselho reafirma o pacto federativo.

Ele defendeu que o CNJ não possui competência jurisdicional, tendo em vista que o conselho possui duas atribuições: controlar a atividade administrativa e financeira do Judiciário e fazer controle ético-disciplinar de seus membros, e essas funções não são capazes de interferir no desempenho de função típica do Judiciário.

O Ministro também afirmou que o fato de o CNJ ser composto por outros membros além dos magistrados ajuda a evitar o corporativismo e disse que o CNJ recebeu uma alta função política de aprimoramento do Judiciário, afirmando que "são antigos os anseios da sociedade pela instituição de um órgão superior, capaz de formular diagnósticos, tecer críticas construtivas e elaborar programas que, no limite

de suas responsabilidades constitucionais, dêem respostas dinâmicas e eficazes aos múltiplos problemas comuns em que se desdobra a crise do Poder".

No final de seu voto, o ministro Cezar Peluso afirmou que a EC 45 atribui ao Supremo Tribunal Federal a palavra final sobre os atos julgados pelo Conselho Nacional de Justiça, podendo, inclusive, revogar tais atos.

A Ministra Ellen Gracie considerou a ação procedente em parte, afirmando que a autonomia administrativa, financeira e orçamentária dos tribunais é regra constitucional. Em seu voto ela declarou inconstitucionais os incisos X, XI, XII e XIII do artigo 103-b, inserido na Constituição pela EC 45 e foi contra a participação de membros do Ministério Público, advogados e cidadãos indicados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado "em orgão incrustado na organização do judiciário" por afrontar a independência qualificada do Poder Judiciário.

O ministro Marco Aurélio votou pela procedência da ADI, segundo ele, "não podemos ser ingênuos de acreditar que a atividade a ser desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça não repercutirá no oficio judicante, que é exercido por homens, e circunstâncias externas acabam por repercutir na formalização de decisões". O ministro Carlos Velloso votou pela procedência parcial da ADI, acompanhando integralmente a ministra Ellen Gracie, ao declarar a inconstitucionalidade dos incisos XI a XIII.

O ministro Celso de Mello acompanhou o voto do relator. Ele defendeu a instauração de um processo de fiscalização social dos atos não jurisdicionais emanados dos membros do Poder Judiciário no Brasil, e disse que nenhuma instituição da República está acima da Constituição Federal. O ministro Sepúlveda Pertence considerou a ADI parcialmente procedente, ele julgou inconstitucional o inciso XIII do artigo, mas disse que não vê inconstitucionalidade na criação do Conselho Nacional de Justiça.

O ministro Nelson Jobim, ao final da votação, acompanhou o voto do relator afirmando que a reforma do Poder Judiciário reverte o isolamento da Justiça brasileira, possibilitando a transparência das ações do Judiciário. No fim da sessão os ministros do Supremo Tribunal (STF) consideraram constitucional o Conselho Nacional de Justiça, instituído pela reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/04). Por maioria de sete votos, o plenário declarou improcedente a ADI.

## 2 O CNJ E A SEPARAÇÃO DE PODERES

Segundo a Constituição Federal, é competência do CNJ zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, além de definir planos, metas e programas de avaliação institucional do Judiciário, bem como receber reclamações, petições eletrônicas e representações contra membros ou orgãos do Poder Judiciário, julgar processos disciplinares e melhorar práticas e celeridade, publicando semestralmente relatórios estatísticos referentes à atividade jurisdicional em todo o país.

O CNJ surgiu para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, efetividade e eficiência, sendo um instrumento que gere o desenvolvimento do Poder Judiciário, a partir da sua modernização tecnológica, além da garantia do efetivo respeito às liberdades públicas e execuções penais, do planejamento estratégico e a proposição de políticas judiciárias, bem como a ampliação do acesso à Justiça, pacificação e responsabilidade social.

A competência do CNJ foi estabelecida no artigo 103-B, § 4º da Constituição Federal, que lhe conferiu atribuições para o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Conforme Ortega explica em seu texto "A competência do Conselho Nacional de Justiça e o seu controle pelo Supremo Tribunal Federal", cabe ao CNJ, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

> **a.)** "Na Política Judiciária: zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, expedindo atos normativos e recomendações;
>
> **b.)** Na Gestão: definir o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário;
>
> **c.)** Na prestação de Serviços ao Cidadão: receber reclamações, petições eletrônicas e representações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializado;
>
> **d.)** Na Moralidade: julgar processos disciplinares, assegurada ampla defesa, podendo determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço, e aplicar outras sanções administrativas;
>
> **e.)** Na Eficiência dos Serviços Judiciais: melhores práticas e celeridade: elaborar e publicar semestralmente relatório estatístico

> sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o País.7"
>
> Além disso, o CNJ subordina-se à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, o qual possui a competência para processar e julgar, originariamente, "as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público" (CF, art. 102, I, r).

Vale mencionar que o CNJ é composto por quinze integrantes: 09 indicados pelo Judiciário, 02 pelo Ministério Público, 02 pelo Cosenlho Federal da OAB, 01 pela Câmara dos Deputados e 01 pelo Senado Federal. Oss indicados pela Câmara e pelo Senado serão representantes da sociedade. Os indicados pelo Judiciário serão: 03 indicados pelo Tribunal Superior do Trabalho, 03 pelo Supremo Tribunal Federal e 03 pelo Supremo Tribunal de Justiça. Os conselheiros são aprovados pelo Senado e nomeados pelo Presidente da República. O presidente do STF é automaticamente o presidente do CNJ.

O Estado, por sua vez, é formado por três elementos básicos: o povo, no qual pessoas possuem algum vínculo com o Estado; o território, no qual o Estado apresenta espaço físico juridicamente; e o poder, o qual é soberano dentro do território e sobre a população. Portanto, sendo o Estado uno e indivisível, é ele quem dita as regras dentro e fora do território, isto quer dizer que não pode haver vários poderes dentro do mesmo território. Dessa forma, a separação de poderes consiste em atribuir funções governamentais para diferentes órgãos (legislativo, executivo e judiciário) a fim de não permitir que o poder se concentre em um único órgão.

Sendo assim, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal apresentou maior preponderância no cenário institucional brasileiro, ao defender um Estado Democrático de Direito emergente. Além disso, com o advento da EC 45/2004 que trouxe a reforma do Poder Judiciário, houve uma transformação do Tribunal em uma verdadeira Corte Constitucional, tendo-se em vista que o alcance das decisões nas ações declaratórias de inconstitucionalidade e de constitucionalidade foi ampliado, bem como houve a criação da Súmula vinculante e do instituto de Repercussão Geral, regulamentado pela lei 11.418/06.

# 3 CONTROLE INTERNO DO CNJ

O CNJ é um órgão composto por membros de origem não exclusiva do PJ, dessa forma existe controvérsia sobre o fato de um órgão, competente para controlar um dos Poderes do Estado brasileiro, seria composto por membros estranhos a este poder, porém o CNJ é órgão do Judiciário (art. 92, I-A, CF/88), não havendo que se falar em controle externo.

O CNJ é órgão próprio do Poder Judiciário (art. 92, I-A, CF/88), por disposição expressa da EC-45/2004, composto, na maioria, por membros do Judiciário (art. 103-B), valendo ressaltar que o STF tem seus membros nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado Federal (art. 101, parágrafo único). Sendo assim, não há argüição de inconstitucionalidade em relação a composição, escolha e nomeação.

Além disso, o CNJ não interfere na função típica do Judiciário, e sim possui o dever de zelar pela autonomia do mesmo (art. 103-B, §4º, inc.I). As Corregedorias e os Tribunais de Contas, responsáveis por um controle externo, é que tem o papel de fiscalização, todas as atribuições do CNJ são de materia administrativa, dividindo-se em políticas, administrativas (stricto sensu), sancionatórias, disciplinares, de ouvidoria, correicionais, informativas e propositivas.

Em relação às atribuições do CNJ, a atribuição política de planejamento são as metas feitas pelo CNJ para que se garanta a autonomia e independência do Poder Judiciário. A defesa da soberania judiciária é a busca para que outros Poderes (Legislativo e Executivo) não interfiram na sua área, defendendo assim a independência do Judiciário.

A política regulamentar trata do funcionamento interno do CNJ, sem fazer uso das prerrogativas do Poder Legislativo, tendo em vista que isso não é função do Conselho Nacional de Justiça. A atribuição política mandamental por outro lado é a garantia das funções do Conselho, sendo que suas recomendações de providências são obrigatórias para os integrantes do Judiciário.

A política de economia interna está relacionada com as atribuições de sua própria administração, como é o caso do regimento interno, que especifica as atribuições de seus órgãos de chefia, assessoramento, orgãos internos, além do provimento de cargos públicos, necessários à sua administração. Portanto, estas são

as atribuições políticas do CNJ, as quais buscam a autonomia e a independência do Judiciário, a partir de um controle administrativo, conforme o art. 103-B, § 4º, I, da CF.

A criação do Conselho Nacional de Justiça surgiu da necessidade de melhorar os órgãos de controle interno do Judiciário, tendo em vista que existia um corporativismo que dificultava os procedimentos investigativos, as medidas sancionatórias e prejudicava o Poder Judiciário. Ao longo dos últimos anos a atuação desse órgão contribuiu para uma maior transparência do Poder Judiciário contribuindo para a punição de vários magistrados acusados de desvio de conduta.

Sendo assim, o julgamento da ADI 3367 foi crucial para finalizar às discussões sobre a constitucionalidade da criação do CNJ, e limitar sua atuação, deixando claro que o CNJ é um órgão integrante do Judiciário responsável pelo seu controle administrativo, financeiro e disciplinar, sem interferência na atividade jurisdicional do Estado, subordinado hierarquicamente ao Supremo Tribunal Federal, e cujas decisões são passíveis de controle jurisdicional por esse mesmo órgão.

## REFERÊNCIAS


ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação dos Poderes.** Coleção ANPR de Direito e Democracia.

BAGATINI, Júlia. **Conselho Nacional de Justiça: um controle administrativo do poder judiciário?.** Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9498>. Acesso em: 07 de outubro de 2014.

CAVALCANTI, Lívio Coêlho. **Conselho Nacional de Justiça, separação de poderes e pacto federativo: reflexão.** Disponível em:<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,conselho-nacional-de-justica-separacao-de-poderes-e-pacto-federativo-reflexao,41129.html>. Acesso em: 05 de outubro de 2014.

GIMENES, Monnalisie. **A CONSTITUCIONALIDADE DO CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**. Disponível em:<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/107.pdf>. Acesso em: 05 de outubro de 2014.

JUNIOR, William de Almeida Brito. **O Conselho Nacional de Justiça e o controle externo da atividade administrativa do poder judiciário.** Disponível em:<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1795/O-Conselho-Nacional-de-Justica-e-o-controle-externo-da-atividade-administrativa-do-poder-judiciario>. Acesso em: 07 de outubro de 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 9. ed., atual. Com a EC 31/00. São Paulo: Atlas, 2001

MORAES, Alexandre de. **Controle de constitucionalidade é vedado ao Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em:<http://www.conjur.com.br/2014-ago-27/alexandre-moraes-controle-constitucionalidade-vedado-cnj>. Acesso em: 10 de outubro de 2014.

OLIVEIRA, Daniela Olimpio de. **Conselho Nacional de Justiça e controle externo do Judiciário.** Disponível em:<http://jus.com.br/artigos/6920/conselho-nacional-de-justica-e-controle-externo-do-judiciario>. Acesso em: 05 de outubro de 2014.

ORTEGA, Carlos Eduardo. **A competência do Conselho Nacional de Justiça e o seu controle pelo Supremo Tribunal Federal.** Disponível em:<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI129361,81042-A+competencia+do+Conselho+Nacional+de+Justica+e+o+seu+controle+pelo>. Acesso em: 07 de outubro de 2014.

STF. **ADI 3367-1, Distrito Federal**. Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em: 05 de outubro de 2014.

TEODORO, Rafael. **Da inadmissibilidade de controle de constitucionalidade pelo Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em:<http://jus.com.br/artigos/31063/da-inadmissibilidade-de-controle-de-constitucionalidade-pelo-conselho-nacional-de-justica>. Acesso em: 07 de outubro de 2014.

# SEPARAÇÃO DE PODERES: o Executivo e o Legislativo na linha de frente do Sistema Político Brasileiro

Wesley Lopes Barbosa*

## ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

A República Federativa do Brasil passou por inúmeras reformas desde o seu descobrimento, seja no âmbito pela forma de governo, sua estrutura, ou mesmo organização, para, nos dias de hoje representar uma nação em desenvolvimento no cenário mundial. Assim, os três Poderes que estruturam as dimensões e a dinâmica do país, encontram-se fundamentadas pela Carta Maior que ora estabelece as diretrizes gerais de seus funcionamentos, e quais rumos cada poder deverá seguir.

'O poder, portanto, se divide em poderes que são, em ultima analise, órgãos independentes e relativamente especializados do Estado'. (FERREIRA FILHO, 2012).[[36]]

Esses poderes cita-se, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário assentam suas funções por meio do Pacto Federativo, movido pela independência, autonomia e soberania de um em relação aos outros poderes e assim respectivamente. Nesse entendimento, detalha-se que nenhum dos Poderes pode interferir no outros, mais todos trabalham em harmonia para responderem ao primado da Constituição Federal de 1988, ora veja, de cumprir aos parâmetros legais descritos nessa Carta que logra a vontade do povo brasileiro.

Por tais motivo foi que a Constituição Brasileira vigente se espelhou em outra pretéritas, e ainda na de outros países, para que pudesse ser constituída uma Carta como normas abrangentes para garantir Direitos Fundamentais e estruturantes de uma nação, com também, estabelecer parâmetros para os Poderes que iriam gerir sua vontade ali determinada.

---

* Pós-Graduando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Email: <lopesbarbosawesley@hotmail.com>.

[36] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo Legislativo. São Paulo: Saraiva, 2012.

Espelhando ainda, em diversos filósofos que produziram ideias fundamentais quanto a estrutura, organização e formação do Estado, ao qual cita-se, Aristóteles e Montesquieu que de maneira sobranceira deixaram seu legado para muitas nações, e que nos dias atuais são fundamentais para se entender todo o sistema político de um pais.

À rigor, no Brasil a institucionalização da política e as veredas tomadas pelos poderes Executivo e Legislativo, desdobram em manobras políticas. Ou seja. O Executivo com toda as suas ferramentas e autorizações constitucionais controla o poder de agenda, que seria, a formulação dos objetivos a serem firmados durante o governo, em contra partida o Legislativo, vinculado pela formação de blocos partidários, também conhecidos como partidos de coalizão, buscam junto ao governo, formar uma aliança duradoura e necessária para ambos.

À luz dessas premissas, o Executivo busca apoio desses partidos para que formem uma base governista sólida dentro do Congresso, para que aprovem todas as suas metas, em contra partida, o Chefe do Executivo oferece, a joia preciosa, para esses partidos, que seria cargos no governo e pastas ministeriais.

Assim, o Executivo e Legislativo convivem em tentarem manter o equilíbrio, pois em caso de desconformidades, será passível de cisão da base governista, ou mesmo a necessidade de intervenção de um órgão constitucional para dirimir essas querelas políticas.

## VISÃO GERAL DOS PODERES DE UM ESTADO DIANTE DOS ENSINAMENTOS DE MONTESQUIEU

'O poder executivo deve permanecer nas mãos de um monarca porque esta parte do governo, que quase sempre tem necessidade de uma ação momentânea, é melhor administrado por um do que por muitos'. E continua ensinando quanto, o exercício do poder pelo executivo, afirmando que, '[...] o que depende do poder legislativo, é, amiúde, mais bem ordenado por muitos do que por um só'. (MONTESQUIEU, 1962).[37]

[37] MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962

É nesse sentido que o Poder Executivo, exercendo sua forma de governar, harmoniza com o legislativo, no intuito de que possa adquirir apoio no cumprimento das suas metas, logrando ao chamado sistema de políticas.

Novamente para Montesquieu (1772, apud, Ferreira Filho, 2012) 'recomenda que o Executivo intervenha na legislação pelo veto, que é absoluto'.

O autor do espírito das leis acreditava que o Poder Executivo é forte o suficiente para controlar uma nação, visto pela sua autoridade autonomia no controle de grandes decisões, já que o Monarca, detinha controle da vontade popular, cabendo ainda, a decidir de que maneira iria dirigir o país. Montesquieu sabidamente utilizou de suas ideias para orientar quanto a formação de governos.

Ainda quanto outro Poder de um Estado, Montesquieu preconiza que o poder julgar deve ser visto como neutralizado, certo pela formas dos tribunais ou ainda como os juízes devem decidir, acreditava-se que o pode julgar não seria bom, se exercido um conselho definitivo de homens, e sim, que deveriam vim do povo, e por tempos determinados, evitando tão somente qualquer forma de perseguição entre as classes sociais. (Amaral Junior, 2012). [ [38] ]

Ao analisar O espirito das leis, Montesquieu (1962) contempla que 'o juízes não são [...] mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor'.

Quanto ao Poder Legislativo, Algernon Sidney [[39]] (1617-1684, apud, Montesquieu, 1962) afirma o seguinte: 'os deputados representam uma camada do povo, [...] devem prestar contas aos que os elegeram".

Esses representantes não devem ser eleitos de qualquer forma, para tomarem decisões importantes, pois do contrario não seriam bem sucedidos, para elaborarem leis ou mesmo para analisar se as que foram feitas são bem executadas, pois a eles é incumbido da função, e ninguém exercerá melhor do que eles esse ofício. (MONTESQUIEU, 1962).

Montesquieu (1962) defende ainda, que para cada região, ou como chama 'vizinhança' seja eleito um representante, tornando-se assim, um defensor do sistema

---

[38] AMARAL JUNIOR. José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de 'O espírito das leis'. 2012.
[39] Algernon Sifney (1617-1684) ct. Montesquieu (1962) 'O espírito das leis'.

distrital. Visto que, pela vontade do povo nasce o legislativo, e a este cabe duas atividades, qual seja, a de criar leis e em seguida vislumbrar se as que já foram feitas estão sendo bem executadas.

Na generalidade Montesquieu[40] (1998) assim afirmou: 'estaria tudo perdido se um mesmo copo de principais ou de nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de fazer leis; o de executar as relações públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas particulares. '

Acentua Tércio Sampaio Ferraz[41] (1995, apud, Peluzo, 2006) o seguinte: 'Montesquieu, na verdade, via na divisão dos poderes muito mais um preceito de arte politica do que um princípio jurídico. [...] o princípio não era de separação de poderes, mas de inibição de um pelo outro de forma recíproca'.

É nesse pensar que passou-se utilizar no modelo político-jurisdicional no que concerne aos Poderes de um Estado a premissa de freios e contrapesos, no intuito de ser mantido um equilíbrio e separação harmônica dos poderes, sem interferência recíproca e sem desvirtuamento das suas autonomia.

## SEPARAÇÃO DOS PODERES À LUZ DA CONSTITUIÇÃOFEDERAL DE 1988: o Executivo e o Legislativo na linha de frente do sistema político brasileiro

A Carta Magna Brasileira deixa clarividente, que são 'poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário' (art. 2º).

É inconteste a posição sobranceira posta pela Constituição Federal de 1988 quanto a Separação dos Poderes, clarividente no art. 2º, e ainda que frisa quanto sua prerrogativa inabalável, que é defeso, a deliberação em caso de emenda, abolir, a separação dos Poderes (art. 60, §4º, inc. III). Logo se ventila que esse principio da separação e independência dos Poderes, faz parte de um rol constitucional de ordem

---

40 MONTESQUIEU. O espírito das leis. Trad. Pedro Vieira Mota, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, ct. STF - ADI 3.367, Rel. Min. Cesar Peluzo, 2006.
41 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Poder judiciário: crises, acertos e desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995, ct. STF - ADI 3.367, Rel. Min. Cesar Peluzo, 2006.

positiva, e que para maior estruturação de cada Poder, fica descrito na Carta Maior, a particularidade de organização. (PELUZO, 2006)[42]

O sistema político brasileiro, especifica os poderes Executivos e Legislativos, como membros da organização institucional pra que desempenhem seus papeis em prol do desenvolvimento nacional dentre outras finalidades e ainda na formulação de políticas públicas eficazes e imediatas para atenderem os problemas da população. Mas numa analise profícua da temática, faz-se necessário examinar quanto a estrutura do processo político institucional, vislumbrando por tanto o impacto desempenhado pelo legislativo e o papel governamental do Executivo. (FIGUEREDO, 2001).

À rigor, diante o presente cenário político, argumenta-se que, o sucesso e desempenho do Poder Executivo se dar pela manobra de controle de agenda, logrado pela aprovação juntamente com o Legislativo, visto que gama de partidos políticos se aliam para a formação da base de governo, onde a agenda legislativa do Executivo é apreciada e aprovada, cumprindo assim todas as metas e expectativas firmadas nos planos de governo. (FIGUEREDO, 2001).[43]

A centralização da agenda nas mãos do Executivo e dos líderes partidários no parlamento, demonstra muito controle na tomada de decisões políticas, reduzindo o sucesso e desempenho individual dos parlamentares, na inserção de projetos legislativos na pauta de votação ou mesmo na composição da agenda. Os líderes reduzem as chances individuais, cabendo-lhes o exercício de maior participação, tão quanto, o ingresso de matéria ordinária numa votação nominal. (FIGUEREDO, 2001).

O Executivo é senhor de um direito esculpido na Constituição Federal de 1988, muito questionável, qual seja, o de legislar, não de maneira a usurpar a competência do Legislativo, mas sim, via Medida Provisória, essa por sua vez surge com força de lei e ainda com a prerrogativa de facultar urgência para seus projetos. Outra inciativa do chefe do Executivo é a prerrogativa de iniciar a legislação nas principais áreas da política. Por tais razoes que é que a harmonia entre o Legislativo e o Executivo é no sentido de estruturar o padrão de centralização da agenda, na

[42] STF – ADI 3.367, Rel. Min. Cesar Peluzo.
[43] FIGUEREDO, Angelina Cheibub. Executivo e Legislativo na ordem constitucional. Rio de Janeiro: Editora FVG, 2001.

regulamentação de direitos e recursos, fruto da força dos partidos políticos que integram a base governista. (FIGUEREDO, 2001).

Vale argumentar, que esse apoio para aprovação da agenda do Executivo com a participação dos partidos políticos, representa o modelo de presidencialismo de coalizão, onde o chefe do Executivo faz a distribuição das pastas ministeriais objetivando o apoio dos parlamentares, estes por sua vez ao receberem as pastas fazem parte do governo, e no Congresso devem agir com tais, devem participar da aprovação dos projetos intentados pelo Executivo. (FIGUEREDO, 2001).

As divergências existentes entre o Legislativo e o Executivo são de fontes pretéritas para que exista um equilíbrio democrático no país, analisado pela composição política representada no Congresso, visto pelos variados blocos de legisladores que lá atuam, seja em defesa do governo ou na oposição, e ainda, analisada sobre a premissa da agenda super carregada de problemas nacionais e muitos projetos a serem cumpridos pelo Executivo. (ABRANCHES, 1998).[44]

Oportuno são os ensinamentos de Sergio Henrique H. de Abranches (1998) que afirma: 'o Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade e o presidencialismo imperial, organiza o Executivo com base em grande coalizões'. Fundado na separação entre os poderes, mas voltado para o desempenho do Executivo, como organizador de políticas baseadas na distribuição das pastas ministeriais, fazendo um chamamento das coalizões para formação do governo.

Quanto ao dilema institucional do presidencialismo de coalizão é urgente destacar que para realização dessa coalizão existe um procedimento a ser observado, partindo-se portanto, da formação de aliança eleitoral trabalhada pelos princípios de cada partidos e pelos programas partidários coadunados, em seguida observa-se a constituição do modelo de governo, na disputa dos cargos a serem ocupados e os compromissos de governos a serem firmados. E por fim, deve ser transformado a aliança constituída em coalizão governante, tendo no seu bojo, todas as ferramentas para formulação de agenda e de políticas positivas e das prerrogativas para sua aplicação. (ABRANCHES, 1998).

Evidencia-se das bases institucionais do sistema politico que, são os partidos políticos, ora representados por seus lideres que norteiam os trabalhos

[44] ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. Rio de Janeiro: Dados – Revista de Ciências Sociais, vol. 31. n. 1, 1998.

legislativos no Congresso, desvirtuando assim, o papel do parlamentar. É nesse sentido que se visualiza as investidas do Executivo nas Casas Legislativas, com participação de recursos e cargos no governo em troca de cooperação e votação dos projetos apresentados pelo Chefe do Executivo. Em fim, os partidos políticos se estruturam de acordo com o governo, para formarem a sua base tanto no Congresso, quanto nos ministérios e demais funções governamentais. (FIGUEREDO, 2001).

Estamos diante de mudanças na estrutura institucional da politica, onde as matérias apresentadas pelo Executivo para analise do Legislativo são aprovadas na generalidade, visto que no Congresso existe uma coalisão partidária formada, para responder positivamente pela Agenda do governo, é o caso das medidas provisórias que requerem uma maioria no Congresso para que as mesmas virem leis. As propostas do governo são bem aceitas no legislativo, certo pela coalizão partidária formada, e os deputados, por exemplo, seguem sempre o voto do líder do governo. (LIMONGI, 2006)[45]

Diante do atual sistema de politicas das instituições brasileiras, Fernando Limongi (2006) contempla afirmando que: 'o governo controla a produção legislativa e esse controle é resultado da interação entre o poder de agenda e apoio da maioria. Maioria esta reunida por uma coalizão partidária pura e simples'.

Visto pela exclusividade das matérias orçamentarias, tributarias e de organização administrativa de iniciativa do Presidente da República, quanto da iniciação do processo legislativo nessas matérias. O Poder Legislativo não tem em mãos um prêmio para maior para barganhar com o Executivo sobre o orçamento, assim este ultimo pode atrasar o envio das propostas orçamentarias, no intuito de limitar o tempo viável do legislativo para que analise a proposta. Ocasionando assim um enfraquecimento do Poder Legislativo. (FIGUEREDO, 2001)

Como bem observado anteriormente, o executivo, representado pelo o seu chefe, forma uma base de governo repleta de congressistas aliados, como sabido, são os partidos de coalizão, que trabalham e defendem as propostas governista. Já que as manobras políticas no cenário brasileiro se dão de maneira a adquirem maiores poderes dentro do governo, ou melhor, maior numero de cargos, é como já

---

45 LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: Presidencialismo, Coalizão partidária e processo decisório, 2006. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300002>.

esclarecido sobre as pastas ministeriais que são distribuídas aos partidos em troca de apoio político no Congresso para aprovação da Agenda.

À rigor, dificilmente se mantém equilibrado um governo de coalizão, quando dos conflitos internos entre os partidos ocasionado por uma forte crise, sem o apoio de setores importantes da política. Quanto a esses problemas o governo sempre prima em fazer novos acordos setoriais no sentido de equilibrar a situação e reverter a crise institucional.

Nesse cotejo, a coalizão pode ser desfeita, vista da seguinte maneira, quando do abandono de alguns partidos políticos da sua base, fazendo com que o chefe do executivo, se apoie simplesmente com seu partido, sendo forçado a manejar-se sobre a liderança de outros partidos maiores.

Outra forma de extinção da coalizão, é norteada quando, o presidente se afasta do seu partido de origem, e aquele passa a ser assessorados por pequenos aglomerado de partidos.

A priori, a cisão acima exposta, nos reporta a enfatizar que isso denota uma fragilidade do chefe do Executivo, expondo sua fraqueza, e levando a cabo, possíveis conflitos com o Legislativo, que se encontra em posição sobranceira, e imporá o cumprimento de suas vontades e forçará a instabilidade no sistema político, no sentido de enfraquecer ainda mais o Executivo, desnorteando completamente o cumprimento da sua Agenda.

## CONCLUSÃO

Contudo, a própria Constituição brasileira vigente deixa explicitada a separação dos poderes, de forma que são independentes e harmônicos entre si. Assim, em diversos momentos institucionais dos Poderes, suas veredas são diferentes dos apontamentos estabelecidos por Montesquieu, cita-se portanto, o Poder Judiciário que não se mantem neutralizado, chegando a certo pontos a desentravam questões politicas estabelecidas pelos outros poderes, suas decisões possuem um caráter absoluto, ao qual se vislumbra da declaração de inconstitucionalidade.

Ainda quanto a uma previa distinção aos parâmetros descritos no ‘O espirito das leis’ está o papel exercido pelo chefe do executivo que nos dias atuais

participa do processo de criação de leis, via Medida Provisória, do contrario, antigamente o seu papel era outro e nunca o de legislar, mesmo que negativamente.

É supremo que se diga, a Constituição Federal de 1988 afasta toda e qualquer interpretação que venha a reduzir a independência e a harmonia entre os Poderes, agindo de forma absoluta, sobre qualquer formula, pois caso fosse intentado o absurdo, seria uma ideia contraria a primazia dos fundamentos político-liberal ora consubstanciado.

O eminente Ministro Sepúlveda Pertence (1997)[46] em julgamento da ADI nº. 98, relata o seguinte quanto a separação dos Poderes: 'o princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma formula universal apriorística e completa, [...] tão importante quanto a tripartição das funções, e o equilíbrio entre os Poderes, mediante o jogo recíproco dos freios e contrapesos.'

Assim, a formação do sistema político brasileiro, é contemplada com a interação do Executivo e Legislativo, por meio da institucionalização da política, formada a partir da aprovação da agenda com todos os seus projetos e compromisso firmados pelos partidos de coalizão.

A esse processo de negociação, e manobras no intuito obter cargos é que surge os governos de coalizão, doravante, o governo formado com essa parceria tem suas características particulares a de outros governo pretéritos, certo que para cada presidencialismo de coalizão a política terá vetores específicos.

Diante das nuances estabelecidas entre a formação do governo de coalizão com a plena atuação do Legislativo, ventila-se alguns pontos que merecem ser observado, como é o caso da existência de uma instancia com força constitucional que possa intervir em caso de tensão entre esses dois Poderes, primando pela manutenção da atual conjuntura política e do regime democrático.

## REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. **Presidencialismo de coalizão**: o dilema institucional brasileiro. Rio de Janeiro: Dados – Revista de Ciências Sociais, vol. 31. n. 1, 1998.

[46] STF-ADI 98-5, Rel. Min. Sepulveda Pertence.

AMARAL JUNIOR. José Levi Mello do. **Sobre a organização de poderes em Montesquieu**: comentários ao capítulo VI do livro XI de 'O espírito das leis'. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.367**. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 17 de março de 2006. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso: 05 out. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 98**-5. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 31 de outubro de 1997. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266193>. Acesso: 05 out. 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Poder judiciário: crises, acertos e desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995, ct. **STF - ADI 3.367**, Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília, 17 de março de 2006. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso: 05 out. 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo Legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2012

FIGUEREDO, Angelina Cheibub. **Executivo e Legislativo na ordem constitucional**. Rio de Janeiro: Editora FVG, 2001.

LIMONGI, Fernando. **A democracia no Brasil:** Presidencialismo, Coalizão partidária e processo decisório, 2006. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php? script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300002>. Acesso: 02 out. 2014.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. Trad. Pedro Vieira Mota, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, ct. **STF - ADI 3.367**, Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília, 17 de março de 2006. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso: 05 out. 2014.

SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

# SEPARAÇÃO DE PODERES E DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Yara Maria Dias Teixeira Leite

## A separação de poderes e o diálogo institucional

O Poder Judiciário revela-se, no contexto da democracia brasileira, um ator protagonista, não só porque exerce a função jurisdicional, essencial para a pacificação social, mas sobretudo porque é o guardião da Constituição, por meio do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102).

Muito embora padeça da legitimidade democrática dos demais Poderes (Executivo e Legislativo), tal incumbência o coloca em situação de aparente sobreposição frente a estes, pois ao Judiciário cabe a função de anular seus atos inconstitucionais, abusivos e exorbitantes, retirando do mundo jurídico atos muitas vezes decorrentes de um longo debate, construídos por aqueles que a sociedade confiou que tomariam as melhores decisões políticas.

Ocorre que a democracia existente no processo decisório do Executivo e do Legislativo normalmente não é suficiente para que se garanta o respeito aos direitos fundamentais, e assim, o Judiciário é chamado a intervir, gerando conflitos institucionais. Buscando diminuir essa tensão, as quais comprometem a democracia e o funcionamento do Estado, a teoria dos diálogos institucionais propõe, conforme leciona Luis Claudio Martins de Araújo, que:

> (...) as controvérsias devem ser resolvidas por meio de uma atividade dialógica, problematizando o tradicional comportamento isolacionista das instituições brasileiras, dentro do parâmetro central de cooperação entre as instituições em uma ordem constitucional, de modo a lhe proporcionar maior coesão e estabilidade, através da produção de efeitos sistêmicos (ARAÚJO, 2014, p. 2).

Assim, o diálogo institucional pressupõe a necessidade de superação da tradicional Teoria da Separação dos Poderes, revendo o papel dos Poderes constituídos e demais instituições, a partir de um modelo cooperativo. Neste contexto, nenhuma instituição atua isoladamente, mas sim em conformidade com as

demais, fazendo convergir os procedimentos decisórios e chegando-se a resultados comuns.

Também repensa o tradicional modelo do *judicial review*, reconhecendo que não só ao Judiciário, mas aos demais Poderes constituídos cabem o dever de interpretar a Constituição, entendida como a atividade destinada a descobrir o seu sentido, proclamando valores a serem protegidos, seguidos e estimulados (BRANCO, 2014, p. 81).

Desta forma, reduz bastante as tensões provenientes da proteção judicial de direitos fundamentais versus tomada de decisões democráticas (ARAÚJO, 2014, p. 17), pois o foco do problema não mais está em descobrir quem é o real intérprete, mas sim está na busca de soluções jurídicas-políticas compartilhadas, fruto do diálogo.

A seguir, resumem-se dois casos trabalhados em sala de aula que ilustram conflitos institucionais entre os Poderes Legislativo e Judiciário:

## O caso da ADI 2797

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, na qual se decidiu novamente pelo fim do foro por prerrogativa de função aos ex-ocupantes de cargos eletivos ou de funções de chefia. Tal questão já havia sido enfrentada pela Corte no julgamento do Inq. 687-QO, em 25/08/1997, de relatoria do Min, Sydney Sanches, quando esta cancelou a Súmula 394, na qual se previa que "Cometido o crime no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional". Nessa ocasião, o STF entendeu que estender o chamado foro privilegiado não é possível, à luz de uma interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal.

Inconformado, o Congresso Nacional reagiu a essa decisão, editando a Lei 10.628/2002, acrescentando os §§1º e 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal, fazendo constar neste texto semelhante à Súmula cancelada.

Para o relator, Ministro Sepúlvida Pertence, tal fato representou uma tentativa descabida de interpretação autêntica da Constituição (exarada por quem criou a norma), em desconformidade àquela dada pela Suprema Corte no ato de

cancelamento da Súmula, pois a Lei não pode impor uma interpretação da Carta Maior, que lhe é hierarquicamente superior, incorrendo assim em inconstitucionalidade formal. Ademais, para ele, pretender o legislador fazer Lei com a única finalidade de interpretar a Carta Constitucional é usurpar a função do Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição, sobretudo quando contraria o seu entendimento.

Por isso, o Relator reafirmou o entendimento da Suprema Corte de que o foro por prerrogativa de função visa a proteção do cargo, e não de quem o exerce, e que por isso é descabida a sua prolongação para além do seu exercício, muito embora tenha se posicionado de maneira diversa no primeiro julgamento citado, assim agindo em respeito à decisão pretérita.

Noutro giro, acompanhando a divergência, sustentou o Ministro Gilmar Mendes que é sim dever de todos os Poderes estatais constituídos interpretar e guardar a Constituição, conforme a idéia defendida por Habermas de “sociedade aberta de intérpretes”, sem que isso ofenda ou usurpe a competência da Suprema Corte, podendo, inclusive, o Parlamento superar ou suscitar novo entendimento do Tribunal. Segundo ele, a jurisprudência do STF não pode engessar a liberdade legislativa do Parlamento, desde que materialmente constitucional, sustentando que:

> Não é possível presumir, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a “última palavra” conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O que pretendo ressaltar, pelo contrário, é o fato de que se o legislador federal (re)incide, cria ou regula essa matéria constitucional de modo inteiramente diverso, o “diálogo”, o debate institucional deve continuar. (ADI 2797, inteiro teor, p. 121).

Portanto, neste caso, o conflito institucional instaurado trata sobre quem deve dar a última palavra em se tratando de interpretação constitucional, bem como se o Parlamento está vinculado ao entendimento jurisprudencial da Suprema Corte, ou se pode legislar em contrário. Assim, o STF decidiu, o Congresso reagiu, e o STF retrucou, prevalecendo a posição da Corte.

## O caso do MS 32.033

Trata-se de Mandado de Segurança preventivo, impetrado pelo Senador Rodrigo Rollemberg, para proteger seu suposto direito líquido e certo de não participar de um processo legislativo que visa elaborar uma lei materialmente inconstitucional, já que afronta cláusulas pétreas.

O Senador argumentou que o Projeto de Lei nº. 4.470/2012, que estabelece "que a migração partidária que ocorrer durante a legislatura não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão", afronta gravemente a Constituição, uma vez que representa uma manobra casuística da maioria parlamentar para dificultar a criação de novas agremiações políticas, sobretudo daquelas que já estavam em avançada formação (ex: Partido Rede e o Partido Solidariedade), já que não disporiam de recursos e tempo de TV mínimos para enfrentar uma eleição, ferindo, assim, o art. 17, caput e § 3º, CF/88 (trata da livre criação de partidos políticos) o qual, inclusive, recebe especial proteção em nosso ordenamento jurídico, na forma de cláusula pétrea.

O Relator, Ministro Gilmar Mendes, asseverou que o projeto de lei em questão afronta o entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado no julgamento da ADI 4.430 (Rel. Min. Dias Tóffoli, Pleno, ata de julgamento publicada em 9.8.2012), em que se reconheceu o direito dos partidos sem representação no Congresso Nacional à quota do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuita no rádio e na televisão, dentre outros direitos.

Portanto, visando impedir que, em uma mesma legislatura, fosse facilitada a criação de um partido da situação e dificultada a criação de partidos oposicionistas, situação esta de flagrante inconstitucionalidade, o Relator concedeu a ordem liminarmente para impedir que o Senado Federal sequer votasse o Projeto de Lei em questão, já apressadamente aprovado pela Câmara dos Deputados, travando, assim, o processo legislativo.

Contudo, no julgamento de mérito, venceu o posicionamento divergente do Ministro Teori Zavascki, o qual argumentou primeiro pela inadequação do Mandado de Segurança para se fazer o controle de constitucionalidade preventivo, não havendo que se falar em direito líquido e certo de não participação na elaboração de um projeto de lei (as alternativas seriam: abster-se ou votar contra sua aprovação).

Tratou, ainda, da impossibilidade do controle judicial sobre a constitucionalidade de projetos de Lei, ou seja, da impossibilidade de intervenção na discussão do Parlamento, a não ser por afronta ao processo legislativo constitucional, lembrando que é dever do Congresso Nacional fazer um controle preventivo dos projetos de Lei (Comissão de Constituição e Justiça) e do Executivo vetar as leis aprovadas tidas como inconstitucionais.

Asseverou que o momento certo de manifestação da Corte quanto à constitucionalidade ocorre apenas quando esgotada a possibilidade dos demais poderes corrigirem as eventuais inconstitucionalidades, devendo o Judiciário fazer tal controle somente dos atos normativos aprovados pelo Poder competente, quando válidos e vigentes, já que a teoria da Separação dos Poderes impede o controle material de constitucionalidade judicial de projetos de lei, por mais inconstitucionais e absurdos que pareçam, sob pena de usurpar a competência constitucional dos demais poderes.

Portanto, neste caso, o conflito institucional instaurado revela a possibilidade de intervenção de um Poder em outro, e, como no exemplo anterior, sobre quem deve ser o último intérprete da Constituição. Nesse caso, pode-se dizer que venceu o posicionamento do Congresso Nacional, uma vez que a Lei impugnada antes de sua origem conseguiu nascer, mas passando a valer somente na próxima legislatura.

## Conclusão

Os casos analisados ilustram situações de conflitos institucionais entre os Poderes Legislativo e Judiciário, sobretudo acerca de quem deve dar a última palavra quanto à interpretação constitucional. Isso porque, em nome da segurança jurídica, as decisões do Supremo Tribunal Federal vinculam o Poder Judiciário e a Administração Pública, mas não engessam as discussões legislativas, que podem, e muitas vezes fazem, leis, ou mesmo Emendas Constitucionais, dispondo de maneira contrária às decisões da Corte, e neste último caso, inclusive, altera os parâmetros do debate posto.

Isso porque a Constituição é viva e dinâmica, e muito embora rígida, pode ser alterada com relativa facilidade, se comparada a outras Constituições modernas,

não sendo desejável que uma resposta dada pelo Supremo Tribunal Federal seja definitiva, impedindo que a discussão novamente ressurja.

Por seu turno, os conflitos institucionais ocorrem porque os arranjos políticos do Estado Brasileiro superam a rigorosa Separação de Poderes, reconhecendo espaços de atuação comum dos Poderes, a exemplo da interpretação da Constituição (o Legislativo e o Executivo fazendo o controle preventivo dos atos normativos e o Judiciário fazendo o controle repressivo, quando provocado), não havendo que se falar em monopólio interpretativo de nenhum ente.

Exemplo interessante de institucionalização do diálogo como regra do jogo político, temos o Canadá, que mesmo vindo da tradição do *common law* inglês com a supremacia do Parlamento, muito após a promulgação da sua Carta de Direitos, instaurou o *judicial review* de maneira não absoluta, posto que a decisão da Corte pode ser superada pelo Parlamento, por meio da cláusula do "não obstante" (VICTOR, 2013, pp. 144-147).

A experiência canadense demonstra que, independentemente do uso de tal cláusula, um canal de comunicação entre os Poderes Legislativo e Judiciário foi estabelecido, e decisões sobre a constitucionalidade das leis ou das políticas públicas tendem a seguir o meio termo, já que o Parlamento reelabora a lei inconstitucional com outros contornos, considerando as objeções da Corte.

Ocorre que, mesmo não havendo a institucionalização no Brasil, o diálogo institucional acontece, já que há mecanismos que facilitam esse diálogo, tal como a previsão constitucional de participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade, suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional (CF, art. 52, X).

Noutro giro, há que se considerar que os conflitos institucionais não são tão expressivos, sobretudo porque o STF, na maioria dos casos, assume uma posição deferente ao Congresso Nacional, não entrando em embate, já que referenda 86,68% das leis que analisa a constitucionalidade (VICTOR, 2013, p.165).

Portanto, optando-se pela solução dos conflitos por meio do diálogo institucional, tem-se, ao final, uma solução construída por todas as partes, não prevalecendo a supremacia do Parlamento nem do Judiciário, por meio do *judicial review*.

## Referências

Araújo, Luis Cláudio Martins de. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 3 (2014), nº 01. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 01-46.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo, Saraiva, 2014, pp. 81-88.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo – USP, 2013, Capítulo 5.

ADI 2797, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005, DJ 19-12-2006, PP-00037, VOL-02261-02 PP-00250 (Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710). Acesso em: 05 de out. de 2014.

MS 32.033, Relator Min. Gilmar Mendes, Relator p/ Acórdão: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 17-02-2014 PUBLIC 18-02-2014. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006. Acesso em: 05 de out. de 2014.